UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANA CÉLIA DE SOUSA RIBEIRO

A ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA *ERGA OMNES* À DECISÃO PROFERIDA PELO STF EM MANDADO DE INJUNÇÃO: IMPACTOS SOBRE A TEORIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E PERSPECTIVAS ATUAIS DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Dissertação de Mestrado

Recife/PE
2016

ANA CÉLIA DE SOUSA RIBEIRO

A ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA *ERGA OMNES* À DECISÃO PROFERIDA PELO STF EM MANDADO DE INJUNÇÃO: IMPACTOS SOBRE A TEORIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E PERSPECTIVAS ATUAIS DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito

Linha de pesquisa: 1 – Estado, Constitucionalização e Direitos Humanos

Orientador: Prof. Dr. Ivo Dantas

Recife/PE

2016

Catalogação na fonte
Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

R484a Ribeiro, Ana Célia de Sousa
A atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão proferida pelo STF em mandado de injunção: impactos sobre a teoria do controle de constitucionalidade e perspectivas atuais da abstrativização do mandado de injunção. – Recife: O Autor, 2016.
159 f. : quad.

Orientador: Francisco Ivo Dantas Cavalcanti.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.
Inclui bibliografia.

1. Mandado de injunção - Brasil. 2. Controle da constitucionalidade - Brasil. 3. Brasil. [Constituição (1988)]. 4. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 5. Ação de inconstitucionalidade - Brasil. 6. Súmula vinculante. 7. Direitos fundamentais. 8. Interesses coletivos - Brasil. 9. Precedentes judiciais - Brasil. 10. Projetos de lei - Brasil. 11. Direito constitucional - Emendas - Brasil. I. Cavalcanti, Francisco Ivo Dantas (Orientador). II. Título.

347.81077 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2016-007)

Ana Célia de Sousa Ribeiro

"Atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão proferida pelo STF em mandado de injunção: Impactos sobre a teoria do controle de constitucionalidade e perspectivas atuais da abstrativização do mandado de injunção"

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito

Orientador: Profº. Dr. Francisco Ivo Dantas

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: **APROVADA**

Professor Dr. **Francisco Ivo Dantas Cavalcanti** (Presidente/UFPE)

Professor Dr. **Marcelo Labanca Corrêa de Araújo** (1º Examinador Externo/UNICAP)
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Dr. **Aurélio Agostinho da Bôaviagem** (2º Examinador Interno/UPFE)
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Dr. **Sérgio Torres Teixeira** (3º Examinador Interno/UPFE)
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Recife, 11 de fevereiro de 2016.

Coordenador Prof. Dr. **Edilson Pereira Nobre Júnior.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a realização do presente trabalho, em especial à minha família, pelo alicerce na minha formação, à Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), por mais uma oportunidade de conviver nessa grandiosa casa, e ao meu orientador, Professor Doutor Ivo Dantas, por todo apoio, dedicação, compreensão e paciência durante a realização deste trabalho.

“A paz é o fim que o direito tem em vista; a luta é o meio de que se serve para o conseguir”. (Rudolf Von Ihering. A luta pelo direito, 2004)

RESUMO

RIBEIRO, Ana Célia de Sousa. **A atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão proferida pelo STF em mandado de injunção**: impactos sobre a teoria do controle de constitucionalidade e perspectivas atuais da abstrativização do mandado de injunção. 2016. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

O objeto do presente trabalho é a análise da atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão proferida em mandado de injunção, dos seus impactos sobre a teoria do controle de constitucionalidade e das perspectivas atuais da abstrativização do mandado de injunção. No Capítulo 1, o mandado de injunção foi apontado como uma criação original do Constituinte de 1988. Após, foi analisada a evolução da doutrina e da jurisprudência do STF sobre a eficácia do mandado de injunção, tendo sido destacada a atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões proferidas nos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712 para, em seguida, apontar as principais semelhanças e distinções entre a injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. No Capítulo 2, foram indicados os principais argumentos contrários à objetivação do mandado de injunção. Foi analisado o possível desrespeito aos princípios democrático e da separação de poderes e a necessidade de edição de súmula vinculante para a ampliação da eficácia em mandado de injunção. No Capítulo 3, foram analisados os principais argumentos favoráveis à objetivação do mandado de injunção. Assim, a objetivação do mandado de injunção foi apontada como mecanismo para maior garantia da eficácia dos direitos fundamentais e como instrumento de celeridade e economia processuais e de segurança jurídica. Por fim, no Capítulo 4, foram apontadas as perspectivas atuais da abstrativização do mandado de injunção.

Palavras-chave: Mandado de injunção. Abstrativização. Impactos. Perspectivas.

ABSTRACT

RIBEIRO, Ana Célia de Sousa. **The *erga omnes* assigning effectiveness to the decision issued of STF (Supreme Federal Tribunal) in *mandado de injunção***: impacts about the theory of control of constitutionality and the current perspectives of abstractivization of *mandado de injunção*. 2016. 159 f. Dissertation (Master's Degree of Law) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

The subject of the following work is the *erga omnes* assigning effectiveness to the decision, issued in *mandado de injunção*, from its impacts about the theory of control of constitutionality and the current perspectives of abstractivization of *mandado de injunção*. On Chapter 1, *mandado de injunção* was pointed as a creation from 1988's Constitution. After that, the evolution of the doctrine and jurisprudence of STF (Supreme Federal Tribunal) was analysed about the effectiveness of the *mandado de injunção*, having been detached the *erga omnes* assigning effectiveness to decisions proffered on *Mandados de Injunção* 670, 708 and 712 so next they would point the main similarities and distinctions between injunction and the straight action of inconstitutionality by omission. On Chapter 2, the main arguments against the objectification of the *mandado de injunção* were pointed. A possible disrespect against the main democratic principles of separations of powers and the need of edition of binding docket was analysed in order to extend the *mandado de injunção* effectiveness. On Chapter 3, the main arguments in favour to the *mandado de injunção* objectification were analysed. Hence, it was pointed as a mechanism for bigger guarantee of effectiveness of fundamental rights and as instrument of speed, procedural economy and juridical safety. In the end, on Chapter 4, the current perspectives of abstractivization of *mandado de injunção* were pointed.

Keywords: Mandado de injunção. Abstractivization. Impacts. Perspectives.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 9

1 **A ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA *ERGA OMNES* À DECISÃO PROFERIDA EM MANDADO DE INJUNÇÃO** 12

1.1 O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO UMA CRIAÇÃO ORIGINAL DO CONSTITUINTE DE 1988 12

1.2 A EVOLUÇÃO DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A EFICÁCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO 21

1.3 A ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA *ERGA OMNES* ÀS DECISÕES PROFERIDAS NOS MANDADOS DE INJUNÇÃO Nº 670, 708 E 712: TENTATIVA DE ANÁLISE DO DISCURSO DOS MINISTROS DO STF 31

1.4 PRINCIPAIS ASPECTOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO: SEMELHANÇAS E DISTINÇÕES EM RELAÇÃO À AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 45

2 **PRINCIPAIS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À OBJETIVAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO: DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E DA SEPARAÇÃO DE PODERES E NECESSIDADE DE EDIÇÃO DE SÚMULA VINCULANTE** 54

2.1 O DEBATE SOBRE A POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS 54

2.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E SUA RELAÇÃO COM A LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO PARA, EM MANDADO DE INJUNÇÃO, ATUAR COMO LEGISLADOR PARALELO 59

2.3 A ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA *ERGA OMNES* EM MANDADO DE INJUNÇÃO PELO JUDICIÁRIO: OFENSA AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO? 66

2.4 A EDIÇÃO DE SÚMULA VINCULANTE COMO POSSÍVEL MECANISMO LEGÍTIMO PARA A AMPLIAÇÃO DA EFICÁCIA EM MANDADO DE INJUNÇÃO 76

3 **A ABSTRATIVIZAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO COMO GARANTIA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E INSTRUMENTO DE CELERIDADE E DE ECONOMIA PROCESSUAIS E DE SEGURANÇA JURÍDICA E SUA RELAÇÃO COM AS DEMANDAS REPETITIVAS E OS DIREITOS COLETIVOS** .. 81

3.1 A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DEVER DO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO 81

3.2 A OBJETIVAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIR MAIOR EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 90

3.3 A ABSTRATIVIZAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CELERIDADE E DE ECONOMIA PROCESSUAIS E

DE SEGURANÇA JURÍDICA: A DISTINÇÃO ENTRE A EFICÁCIA *ERGA OMNES* E O EFEITO VINCULANTE 95
3.4 A OBJETIVAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO DIANTE DO PROBLEMA DAS DEMANDAS REPETITIVAS E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS COLETIVOS 102

4 **PERSPECTIVAS ATUAIS DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO** 109
4.1 A TENTATIVA DE REGULAMENTAÇÃO DA EFICÁCIA DA DECISÃO EM MANDADO DE INJUNÇÃO: PROJETOS DE LEI E PROPOSTAS DE EMENDA CONSTITUCIONAL 109
4.2 A ABSTRATIVIZAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO COMO MAIS UM EXEMPLO DE OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE 114
4.3 A OBJETIVAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO E SUA RELAÇÃO COM A ADOÇÃO DA TEORIA DO PRECEDENTE VINCULANTE 122
4.4 A DIFICULDADE E A NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI* EM RELAÇÃO ÀS DECISÕES PROFERIDAS EM MANDADO DE INJUNÇÃO QUE ADOTEM A TESE CONCRETISTA 130

CONCLUSÃO 140

REFERÊNCIAS 146

INTRODUÇÃO

A inobservância do dever constitucional de legislar ou regulamentar uma norma constitucional, a fim de torná-la autoaplicável, contribui para a denominada "síndrome da inefetividade das normas constitucionais". A Constituição de 1988 introduziu no nosso ordenamento dois diferentes mecanismos para combater as omissões inconstitucionais: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O mandado de injunção foi previsto como um garantia constitucional por meio da qual é realizado o controle concreto das omissões inconstitucionais com o objetivo de viabilizar o exercício do direito fundamental carente de regulamentação. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão está inserida como instrumento do controle abstrato das omissões.

A ausência de regulamentação do próprio mandado de injunção, após mais de vinte e cinco anos de vigência da atual Constituição, demonstra o descaso dos poderes públicos quanto às determinações do poder constituinte. Diante dessa ausência de norma regulamentadora do mandado de injunção, a doutrina e a jurisprudência vem moldando os contornos do referido instituto, não existindo consenso quanto aos efeitos da decisão que concede a injunção.

Apesar do mandado de injunção não ser de competência privativa do Supremo Tribunal Federal, considerando que a discussão levantada no presente estudo remete especificamente à atuação da Corte do Judiciário, o presente trabalho será restrito à abordagem do entendimento do STF acerca dos efeitos da injunção e das consequências do seu posicionamento para a teoria do controle de constitucionalidade.

Com efeito, o presente trabalho possui como objetivo principal verificar a eventual existência de decisões do STF que refletem a abstrativização do controle concreto das omissões inconstitucionais, bem como abordar os argumentos contrários e favoráveis à atribuição de eficácia *erga omnes* em mandado de injunção diante da teoria do controle de constitucionalidade e, por fim, apontar as perspectivas atuais acerca da objetivação da injunção pelo Supremo.

O trabalho será norteado por uma pesquisa jurídica de cunho dogmático, utilizando-se o método dedutivo, a ser desenvolvida através de pesquisa bibliográfica, primordialmente, de livros especializados, de artigos de revista, de teses de mestrado e doutorado e de textos disponíveis na internet, bem como por meio da pesquisa e análise de projetos de lei ou de propostas de emenda constitucional sobre o assunto e da coleta de jurisprudência e análise do conteúdo de argumentos jurisprudenciais acerca dos efeitos do mandado de injunção.

O objeto desta pesquisa tem como justificativa a sua importância nos âmbitos social, jurídico, político e acadêmico. No âmbito social, porque a objetivação do mandado de injunção, ao possibilitar maior eficácia dos direitos fundamentais que necessitam de regulamentação infraconstitucional, apresenta-se relevante para toda a sociedade brasileira. Nos campos jurídico e político, porque a abstrativização do mandado de injunção implica o questionamento acerca da legitimidade do STF na produção de normas gerais e abstratas, apresentando-se como um mecanismo jurídico que visa solucionar um problema político. No âmbito acadêmico, porque a teoria do controle de constitucionalidade sempre se posicionou no sentido de que o mandado de injunção possui eficácia *inter partes*, não *erga omnes*, por ser instrumento de controle concreto, não abstrato.

No Capítulo 1, que trata da atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão proferida em mandado de injunção, será inicialmente apresentada uma breve análise das origens do mandado de injunção, instituto indicado como "uma criação original do Constituinte de 1988". Após, será analisada a evolução da doutrina e da jurisprudência do STF sobre a eficácia do mandado de injunção, fazendo-se, em seguida, uma tentativa de análise do discurso dos ministros do STF no julgamento dos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712, em que houve a atribuição de eficácia *erga omnes*. Finalizando o capítulo, serão destacados os principais aspectos do mandado de injunção, mediante a indicação das semelhanças e distinções do referido instituto em relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

No Capítulo 2, serão explicitados os principais argumentos contrários à atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão proferida em mandado de injunção. Assim, será abordado o debate sobre a possibilidade de realização do controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos normativos, para, após, verificar, de forma especificada, que a eficácia *erga omnes* em mandado de injunção pode ser entendida como uma ofensa ao

princípio da separação de poderes e ao princípio democrático, porque o Judiciário, ao suprir a omissão inconstitucional, emitindo a norma regulamentadora com eficácia geral, exerceria competência do legislador sem possuir representatividade popular. Ademais, o referido capítulo apontará como argumento contrário à possibilidade de atribuição de eficácia geral em mandado de injunção a necessidade no nosso ordenamento de edição de súmula vinculante para tanto.

No Capítulo 3, serão tratados os principais argumentos favoráveis à abstrativização do mandado de injunção, ou seja, a objetivação da injunção será observada como instrumento para garantir maior eficácia dos direitos fundamentais e como mecanismo para assegurar a celeridade e economia processuais e a segurança jurídica, sendo destacada a distinção entre a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, para fins de observar o alcance da eficácia geral. Ao final do capítulo, será analisada a objetivação do mandado de injunção diante do problema das demandas repetitivas e sua relação com os direitos coletivos.

Por fim, no Capítulo 4 serão apontadas as perspectivas atuais sobre a possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão proferida pelo STF em mandado de injunção. Desse modo, tratar-se-á da tentativa de regulamentação da eficácia da decisão em mandado de injunção, mediante a apreciação dos projetos de lei e das propostas de emenda constitucional sobre o assunto. Será verificado, ainda, que a abstrativização do mandado de injunção constitui mais um exemplo de objetivação do controle concreto de constitucionalidade. Finalmente, será efetuada uma relação entre a objetivação do mandado de injunção e a teoria do precedente vinculante, inclusive trazendo para o debate a questão acerca da dificuldade e da necessidade de identificação da *ratio decidendi* em relação às decisões proferidas em mandado de injunção que adotem a tese concretista.

1 **A ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA *ERGA OMNES* À DECISÃO PROFERIDA EM MANDADO DE INJUNÇÃO**

1.1 O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO UMA CRIAÇÃO ORIGINAL DO CONSTITUINTE DE 1988

O estudo das origens do mandado de injunção é relevante para a análise acerca da possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão proferida no âmbito do referido instrumento de controle das omissões inconstitucionais e dos seus impactos sobre a teoria do controle de constitucionalidade.

Isso porque o mandado de injunção foi introduzido pelo Constituinte de 1988, apesar de inexistir figura semelhante em outro ordenamento, e vem se amoldando pela doutrina e pela jurisprudência com o passar do tempo. Trata-se de instrumento de controle concreto de constitucionalidade por omissão, já que pode ser realizado por qualquer lesado, daí a importância de se verificar a possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* por meio desse mecanismo.

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, não existia na jurisdição constitucional brasileira instituto semelhante ao mandado de injunção. A introdução do mandado de injunção na Constituição também não decorreu do fenômeno da recepção legislativa, instituto explicado por Ivo Dantas[1], ou seja, o mandado de injunção não existia no direito comparado quando da sua adoção pelo Constituinte[2]. Nem mesmo a Constituinte sabia quais as características e amplitudes do mecanismo que estava sendo inserido no texto constitucional.

Segundo Luís Roberto Barroso, a figura da inconstitucionalidade por omissão desenvolveu-se na jurisprudência da Alemanha e da Itália, tendo sido,

[1] DANTAS, Ivo. A recepção legislativa e os sistemas constitucionais. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 40, n. 158, p. 7-21, abr./jun., 2003. O fenômeno da recepção legislativa, explicado por Ivo Dantas, consiste na introdução de normas ou institutos de outro sistema para o sistema jurídico nacional.

[2] RIBEIRO, Ricardo Silveira. **Omissões normativas**. Niterói, RJ: Impetus, 2003, p. 38. Segundo o autor, "não há notícias, no direito comparado, de uma ação com os pressupostos e finalidades semelhantes aos do mandado de injunção. Não há, ainda, evidência empírica clara de que o mandado de injunção possui qualquer origem na *injunction* do sistema jurídico anglo-saxão".

posteriormente, adotada em Portugal[3]. Gilmar Mendes afirma que a possibilidade de controle jurisdicional das omissões legislativas e administrativas inconstitucionais está prevista em poucos textos constitucionais, como as Constituições de Iugoslávia de 1974 e de Portugal 1976, apesar de ser tratada por muitos sistemas jurídicos[4].

Importante ressaltar que os mecanismos de controle de inconstitucionalidade por omissão adotados nas Constituições de Iugoslávia de 1974 e de Portugal 1976 não se confundem com o mandado de injunção, pois este é mecanismo de controle realizado num caso concreto, enquanto naqueles países foi adotado o controle abstrato das omissões. É possível afirmar que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), introduzida no art. 103, § 2º, da CF/88, teve origem na Constituição da Iugoslávia de 1974[5], porém o mesmo não se pode afirmar em relação ao mandado de injunção.

Assim, partindo do pressuposto de que não existia na jurisdição constitucional brasileira nem no direito comparado instituto semelhante ao mandado de injunção quando de sua criação pelo Constituinte de 1988, torna-se relevante a abordagem dos debates e propostas sobre o assunto realizados durante as fases de elaboração da Constituição, até mesmo para confirmar a originalidade do instituto.

No Jornal da Constituinte nº 28, consta que o constituinte e Deputado Ubiratan Aguiar refere-se ao mandado de injunção como mecanismo que a sociedade pode utilizar para "acionar o Estado quando não lhe assegurasse a vaga dos seus filhos na escola". No mesmo jornal, o constituinte Leite Chaves apontou o mandado de injunção como uma novidade, como um instrumento de proteção dos direitos individuais que deve ser utilizado diante da inércia do Executivo no dever de regulamentar leis[6].

No Jornal da Constituinte nº 37, o mandado de injunção é mencionado como novo mecanismo jurídico destinado "a fazer valer os direitos e liberdades individuais que estejam ameaçados pela falta de regulamentação de norma legal que os garanta". O referido

---

[3] BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 91.

[4] MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei nº 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 361. O referido autor aponta que, "durante o XIV Congresso da Conferência das Cortes Constitucionais Europeias, realizado em Vilnius, na Lituânia, em 2009, os seguintes países apresentaram notícias sobre seus processos judiciais de controle da omissão legislativa: Albânia, Alemanha, Armênia, Áustria, Azerbaijão, Belarus, Bélgica, Boznia e Herzegovina, Bulgária, República do Chipre, Croácia, Dinamarca, Espanha, Estônia, França, Geórgia, Hungria, Irlanda, Itália, Latívia, Liechtenstein, Luxemburgo, Macedônia, Malta, Moldávia, Noruega, Polônia, Portugal, Sérvia, entre outros".

[5] DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição**. 3ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 81.

[6] Jornal da Constituinte. Brasília, DF, n. 28, 7 dez., 1987, p. 6-7. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/117835>. Acesso em: 03/09/14.

jornal aponta pronunciamento de Ulysses Guimarães, em que este faz certa confusão entre o mandado de injunção e o mandado de segurança, ao afirmar que:

> Temos o mandado de injunção, que é novo. O que é mandado de injunção? Se certas normas, se certos direitos fundamentais à vida, ao emprego, à saúde, não são observados, há uma omissão, uma demora, você vai aos tribunais, e através de um mandado de segurança você terá seus direitos reconhecidos[7].

A despeito dos referidos jornais não terem informado de forma clara a finalidade do mandado de injunção, ao consultar os anais da Assembleia Nacional Constituinte, especificamente o Anteprojeto Constitucional elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais e presidido por Afonso Arinos[8], o qual foi publicado no Diário Oficial do dia 26 de setembro de 1986, verifica-se que o art. 10 do referido anteprojeto já apresentava mecanismo para tentar solucionar o problema da omissão de lei disciplinadora de norma constitucional num caso concreto. O referido dispositivo possui a seguinte redação:

> Art. 10 – Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata.
> § 1º – Na falta ou omissão da lei o juiz decidirá o caso de modo a atingir os fins da norma constitucional.
> § 2º – Verificando-se a inexistência ou omissão da lei, que inviabilize a plenitude da eficácia de direitos e garantias assegurados nesta Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendará ao Poder competente a edição da norma que venha a suprir a falta.

O referido artigo aponta a preocupação do constituinte com o problema da omissão legislativa em relação à regulamentação dos direitos constitucionais. Apesar de não ter nomeado o mecanismo de "mandado de injunção", a proposta do anteprojeto era possibilitar ao cidadão o exercício de direitos constitucionais carentes de regulamentação. Assim, essa proposta já representa o início da discussão sobre a necessidade de criação de mecanismo de controle concreto das omissões inconstitucionais.

Por meio do § 1º do mencionado dispositivo, pretendia-se atribuir ao juiz a competência de suprir a omissão legislativa de modo a atingir a finalidade da norma constitucional, ou seja, buscava-se inserir um instrumento de controle difuso e concreto da constitucionalidade por omissão. Através do § 2º seria instituído o controle concentrado da omissão, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal, além de suprir a falta da norma, deveria recomendar ao Poder omisso a edição da respectiva norma.

---

[7] Jornal da Constituinte. Brasília, DF, n. 37, 29 fev., 1988, p. 9 e 15. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/118044>. Acesso em: 03/09/14.

[8] Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituinte/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 20/11/14.

Comentando o referido dispositivo, Luís Roberto Barroso explica que foram previstas duas soluções diversas para sanar o problema das omissões inconstitucionais: a) atribuiu-se, difusamente, a qualquer órgão jurisdicional, competência para formular, em cada caso, a regra concreta que vai reger o caso concreto; b) outorgou-se, concentradamente, ao STF, na ausência de lei que viabilize o exercício do direito, a atribuição de recomendar ao poder competente a edição da norma. Para o referido autor, "a primeira solução é elogiável; a segunda deficiente"[9].

Em consulta às Bases de Dados da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, é possível verificar que, na Fase A - Anteprojeto do Relator da Subcomissão, a Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação, em 17/06/87, apresentou proposta de redação de artigo inserindo o mandado de injunção nas disposições sobre o direito à educação, nos seguintes termos:

> Art. 3º - O dever do Estado para com a educação pública de todos os brasileiros efetivar-se-á prevalentemente pelas seguintes ações:
> I - garantia de ensino fundamental, com duração mínima de oito anos, obrigatório e gratuito para todos, permitida a matrícula a partir dos seis anos de idade;
> II - oferta de vagas em creches e pré-escolas para as crianças até seis anos de idade;
> III - atendimento oficializado e gratuito aos portadores de deficiência e aos superdotados, em todos os níveis de ensino;
> IV - garantia de auxílio suplementar ao aluno do ensino fundamental, através de programas sociais que assegurem condições de aproveitamento e continuidade dos seus estudos.
> Parágrafo único- O acesso de todos os brasileiros à educação fundamental gratuita é um direito público subjetivo, acionável contra o Estado mediante mandado de injunção[10].

O referido dispositivo aponta a nomenclatura "mandado de injunção", porém a finalidade do instituto apresentado na proposta aproxima-se mais da figura do mandado de segurança, já que visa assegurar o direito líquido e certo de acesso à educação fundamental gratuita.

Nas Bases de Dados da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, ainda na Fase A - Anteprojeto do Relator da Subcomissão, a Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, em 17/06/87, tratou do assunto no § 35 do artigo 1º, em dispositivo que afirma que o mandado de injunção é instrumento para garantir direito assegurado na Constituição, não aplicado em razão da ausência de norma regulamentadora,

[9] BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 91.
[10] Disponível em: <http://www6g.senado.gov.br/apem/data/ANTE/638.html> (TIT:00 CAP:00 SEC:00 SSC: ART:003). Acesso em: 02/12/14.

podendo ser requerido em qualquer Juízo ou Tribunal[11]. A referida comissão explicitou que o mandado de injunção foi incluído no texto constitucional com o objetivo de permitir que a letra constitucional, à falta de lei complementar ou ordinária que a regulamente, torne-se realmente autoaplicável[12].

As referidas propostas foram alteradas e debatidas, mas o mandado de injunção permaneceu previsto na fase final do anteprojeto da Constituição (Fase H - Anteprojeto da Comissão), em texto datado de 01/07/87, com a seguinte redação:

> Art. 34 - Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual do mandado de segurança, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania[13].

A redação acima mencionada foi novamente alterada, pois o mandado de injunção foi inserido no art. 5º, LXXI, da Constituição de 1988 com a seguinte redação: "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

Em texto publicado em 1988, Herzeleide Maria Fernandes de Oliveira, assessora legislativa do Senado Federal, aponta que o "mandado de injunção surgiu a partir da necessidade de elaborar-se instituto jurídico-processual, com assento na Constituição, para a defesa do direito à Educação". Afirma que a criação do mandado de injunção decorreu da preocupação com a inefetividade das normas jurídico-constitucionais de conteúdo social, com especial enfoque para a educação que se tornou um direito público subjetivo[14].

A autora aponta as diversas redações que teve o mandado de injunção durante sua tramitação na Assembleia Nacional Constituinte[15], revelando que, no início dos trabalhos da Constituinte, o Senador Virgílio Távora apresentou as Sugestões de Norma

---

[11] Disponível em: <http://www6g.senado.gov.br/apem/data/ANTE/85.html> (TIT:00 CAP:00 SEC:00 SSC: ART:001). Acesso em: 02/12/14.

[12] Disponível em: <http://www6g.senado.gov.br/apem/data/AVULSO/vol-78.pdf> (BANCO: Avulso - Subcomissão I-c - vol-78). Acesso em: 02/12/14.

[13] Disponível em: <http://www6g.senado.gov.br/apem/data/ANTE/23237.html> (BANCO TIT:03 CAP:01 SEC:00 SSC: ART:034). Acesso em: 02/12/14.

[14] OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes de. O mandado de injunção. **Revista de informação legislativa**, v. 25, n. 100, out./dez., 1988, p. 49. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181881>. Acesso em: 03/09/14.

[15] OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes de. O mandado de injunção. **Revista de informação legislativa**, v. 25, n. 100, out./dez., 1988, p. 49-52. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181881>. Acesso em: 03/09/14.

Constitucional nº 155-4, 156-2 e 315-8[16], e, posteriormente, o Senador Ruy Bacelar propôs a Sugestão de Norma Constitucional nº 367-1[17]. O instituto recebeu outras redações no anteprojeto da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais[18], no âmbito da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher[19], na Comissão de Sistematização durante a fase do Projeto de Constituição[20], na fase de emendas aos Primeiro, Segundo e Terceiro Substitutivo da Comissão de Sistematização[21] e no Projeto de Constituição "B", originário do segundo turno de discussão e votação no Plenário[22].

Ana Lúcia de Lyra Tavares, ao analisar as principais fases do processo constituinte brasileiro, destacou as fontes de direito estrangeiro utilizadas para a elaboração do texto constitucional de 1988, salientando que a CF/88 foi inspirada especialmente nas Constituições de Portugal (1976) e da Espanha (1978). No âmbito do controle das omissões inconstitucionais, destacou a influência do modelo português na criação da ação de controle da inconstitucionalidade por omissão, registrando que a fonte indireta da referida ação é a Constituição da Iugoslávia de 1974, e, em relação ao mandado de injunção, registrou que alguns apontam suas origens no direito anglo-americano enquanto outros observam que essa

---

[16] Sugestão de Norma Constitucional nº 155-4: "Sempre que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á 'mandado de injunção', observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança".
Sugestão de Norma Constitucional nº 156-2: "A não edição de atos ou normas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, visando a implementar esta Constituição, implica a inconstitucionalidade por omissão".
Sugestão de Norma Constitucional nº 315-8: "Art. (...). Parágrafo único - O acesso ao ensino básico é um direito público subjetivo, acionável contra o poder público mediante mandado de injunção".

[17] Sugestão de Norma Constitucional nº 367-1: "Art. Os direitos conferidos por esta Constituição e que dependam de lei ou de providências do Estado serão assegurados por 'mandado de injunção', no caso de omissão do poder público. Parágrafo único – O 'mandado de injunção' terá o mesmo rito processual estabelecido para o mandado de segurança".

[18] Art. (...) § 35. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm a aplicação imediata. Conceder-se-á mandado de injunção para garantir direitos nela assegurados, não aplicados em razão da ausência de norma regulamentadora, podendo ser requeridos em qualquer juízo ou tribunal, observadas as regras de competência da lei processual.

[19] Art. 34. Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual do mandado de segurança, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania.
Art. 48. (...) § 1º. A lacuna permanecendo depois de seis meses da promulgação da Constituição, qualquer cidadão, associação, partido, partido político, sindicato ou entidade civil poderá promover mandado de injunção para o efeito de obrigar o Congresso a legislar sobre o assunto no prazo que a sentença consignar.

[20] Manteve a redação definidora do mandado de injunção e introduziu a seguinte norma de competência:
Art. 32. (...). Parágrafo único. Qualquer juízo ou tribunal, observadas as regras da lei processual, é competente para conhecer, processar e julgar as garantias constitucionais.

[21] No Primeiro Substitutivo foi suprimida a referência ao rito processual do mandado de segurança; no Segundo Substitutivo, a redação passou a estabelecer que o rito do mandado de injunção seria previsto em lei complementar; por fim, no Terceiro Substitutivo, foi alterada a redação para indicar que o mandado de injunção seria regulamentado por lei ordinária.

[22] Art. 5º. (...).
LXXII. Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

garantia constitucional representou "simples importação semântica, dadas as especificidades do instituto brasileiro"[23].

Ao mencionar a ocorrência de mera importação semântica, a referida autora explica que a *injunction*, nos sistemas inglês e americano, representa remédio para sustar ato ou atividade (mandado proibitório) ou para determinar a realização de alguma coisa (mandado mandatório) a fim de proteger os direitos constitucionais. Já "o homônimo brasileiro tem traços bastante distintos", porque "trata-se de remédio para suprir a inexistência de lei", viabilizando o exercício do direito constitucionalmente previsto. Acrescenta que o instituto brasileiro foi associado, inicialmente, à necessidade de efetivação do direito à educação, mas ganhou sua configuração atual na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, de modo que, "na verdade, mais do que com a *injunction*, assemelha-se o instituto aqui focado com a ação de inconstitucionalidade por omissão"[24].

Paulo Lopo Saraiva, assessor parlamentar que acompanhou o processo constituinte, colaborando na elaboração do texto constitucional, critica a denominação 'mandado de injunção' adotada pelo Constituinte, após afirmar que, em sua tese de doutorado, transformada no livro intitulado Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil, publicado em 1983, abordou a inconstitucionalidade por omissão sugerindo a criação do mandado de garantia social. Sobre o assunto, o referido autor ressalta sua insatisfação explicando que:

> Sempre resistimos ao termo "injunção", pois sabíamos que sua adoção conduziria os comentários para o direito anglo-saxônico.
> Segundo podemos confirmar, na Assessoria do Senado, em que foram elaboradas as sugestões iniciais do mandado de injunção, a palavra "injunção" surge por cópia, pura e simples, da nomenclatura contida no direito anglo-americano, portanto, sem nenhuma cientificidade.
> Destarte, é lícito afirmar que a palavra injunção, pleonástica, sem menor dúvida, surge na nova Constituição por aquilo que chamamos de "acidente vocabular".
> Fomos contrários, sempre, a essa adjetivação. Formulamos emendas corretivas, substituindo "injunção" por "concretização", por achar que esta última palavra é mais inteligível e, por conseguinte, mais consentânea com o nosso processo de comunicação popular.
> Debalde foram os nossos esforços, de vez que o Relator-Geral houve por bem (ou mal) não aceitar a modificação vernacular, alegando que a palavra "injunção" já se consagrara no processo constituinte.
> Como estava previsto, há muitos autores desavisados gastando "seu inglês" com o mandado de injunção, quando, na verdade, a ação injuntiva brasileira nada tem de

[23] TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. A constituição brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. **Revista de informação legislativa**, v. 28, n. 109, jan./mar., 1991, p. 86, 92-93 e 99. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/175845>. Acesso em: 04/09/14.
[24] TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. A constituição brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. **Revista de informação legislativa**, v. 28, n. 109, jan./mar., 1991, p. 100-101. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/175845>. Acesso em: 04/09/14.

> ligação com o *writ of injunction*. Nem na origem. Nem no conteúdo. Nem na forma. Nem no nome. Repetimos: a palavra "injunção" é "um acidente vocabular"[25].

A doutrina de Ivo Dantas, apresentada logo após a promulgação do texto constitucional, aponta que o mandado de injunção, dentre os vários institutos criados pela Constituição de 1988, representa aquele que mais necessita da criação doutrinária e jurisprudencial, porque não existe precedente semelhante no nosso ordenamento, sendo tarefa da doutrina e da jurisprudência definir os aspectos do instituto, assim como o que aconteceu com o mandado de segurança[26].

No mesmo sentido, André Rosa entende que o mandado de injunção constitui uma criação original da Constituição brasileira, explicando que "puede afirmarse que no existe em el derecho comparado ningún instrumento similar al *mandado de injunção* creado por el constituyente brasileño de 1988", especialmente porque as preocupações apontadas nos debates da Assembleia Nacional Constituinte demonstram o desconhecimento sobre os principais aspectos do instituto que estava sendo criado. Após analisar as diversas redações propostas sobre o tema durante a elaboração da Constituição, o mencionado autor conclui:

> Un análisis más somero de los proyectos que se tramitaron en la *Assembleia Nacional Constituinte* muestra claramente por un lado la preocupación efectiva por el tema de las omisiones legislativas y por otro el total desconocimiento de la materia y sus implicaciones. Las propuestas de los constituyentes, así como la redacción final, son confusas y no establecen reglas claras sobre el *mandado de injunção*; manifiestan la voluntad de resolver el problema pero no establecen fórmulas coherentes para impedir que la inacción del legislador afecte negativamente a la eficacia de los derechos asegurados por la Constitución.
> (...)
> Así que si, por um lado, la Constitución supuso el momento jurídico final em la que cristalizaron las aspiraciones de creación de un mecanismo jurídico para hacer frente a las omisiones legislativas – en los casos específicos de ineficacia de los derechos constitucionales -, por otro la adopción del *mandado de injunção* significó sólo el inicio de otra naturaleza de problemas, los referentes a la propia eficacia de *mandado de injunção*[27].

Seguindo o posicionamento da doutrina majoritária, Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes afirmam que "o nosso mandado de injunção não é o mesmo *writ* dos ingleses e norte-americanos, assemelhando-se apenas na denominação"[28]. No

---

[25] SARAIVA, Paulo Lopo. O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional. **Revista de informação legislativa**, v.27, n. 108, out./dez., 1990, p. 79-80. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/175813>. Acesso em: 03/09/14.

[26] DANTAS, Ivo. **Mandado de Injunção**: Guia Teórico e Prático. 1 ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 66 e 69.

[27] ROSA, André Vicente Pires. **Las omisiones legislativas y su control constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 305-314.

[28] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 33ª ed. de acordo com a Lei n. 12.016/2009 com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 323.

mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que "não se consegue identificar no direito comparado a fonte de inspiração do legislador constituinte", a despeito de serem encontradas medidas com o mesmo nome no direito inglês, americano e italiano[29].

Desse modo, considerando o debate ocorrido no processo constituinte da atual Constituição, é possível compreender o mandado de injunção como uma criação original do Constituinte de 1988. Além dos autores já mencionados, também compartilham do posicionamento aqui adotado, dentre outros, José Luiz Joveli, Ipojucan Coelho Ayala, Logan Caldas Barcellos, Jamile Gonçalves Calissi, Flávia Piovesan e Maria Cecília Cury Chaddad[30].

Contudo, deve-se destacar que há doutrina minoritária apontando que o referido instituto teve origem no direito americano[31] ou no direito inglês[32].

---

[29] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 183.

[30] JOVELI, José Luiz. **O mandado de injunção e sua inefetividade em face dos direitos humanos fundamentais**. Dissertação de mestrado em Direito. Orientador Sérgio Resende de Barros. UNIMEP, Piracicaba/SP, 2007, 175 folhas, p. 25-26. Disponível em: <http://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/GWCVOLTVYLQN.pdf>. Acesso em: 02/09/14. Para o autor, "o Mandado de Injunção é algo sem precedente, quer no direito nacional, quer no alienígena", "tratando-se, portanto, de verdadeira inovação do Constituinte Brasileiro". AYALA, Ipojucan Coelho. **Judicialização e mandado de injunção**. Dissertação de mestrado em Direito. Orientadora Rita de Cássia Fazzi. Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012, 107 folhas, p. 72. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AyalaIC_1.pdf>. Acesso em: 02/09/14. Em seu trabalho, o referido autor aponta que a originalidade do mandado de injunção decorre da sua finalidade de "proteger o cidadão da omissão proposital e danosa dos legisladores infraconstitucionais". BARCELLOS, Logan Caldas. **Limites e possibilidades hermenêuticas da jurisdição constitucional contemporânea no estado democrático de direito**: a jurisprudência do supremo tribunal federal no mandado de injunção a partir da possibilidade e necessidade de respostas corretas no direito. Dissertação de mestrado em Direito. Orientadora Jânia Maria Lopes Saldanha. Universidade Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/RS, 2010, 218 folhas, p. 86. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/LoganCaldasBarcellosDireito.pdf>. Acesso em: 02/09/14. Ressalta o autor que "o mandado de injunção, tal como foi pensado no Brasil é *sui generis*, isto é, em que pese semelhanças com outros institutos, como o *writ of injunction* do constitucionalismo anglo-americano, o delineamento constitucional dado pela Constituição tem especificidades próprias". CALISSI, Jamile Gonçalves. **O mandado de injunção e as injunctions inglesa e norte-americana**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7545>. Acesso em: 02/09/14. A autora faz uma análise comparativa entre o Mandado de Injunção brasileiro e as Injunctions inglesa e norte-americana, concluindo pelo discurso de ineditismo do Mandado de Injunção brasileiro frente aos seus correspondentes alienígenas. PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da decisão em Mandado de Injunção. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (organizadores). **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 444.

[31] PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. Instrumentos processuais de garantia e direito comparado. In: Cruz, Alexandre (organizador). **Ações constitucionais**: mandado de segurança, habeas data, mandado de injunção, habeas corpus e outros instrumentos de garantia. Campinas, SP: Millennium, 2007, p. 85-86. Para a referida autora, "o legislador constituinte, ao inserir o mandado de injunção na Constituição de 1988, inspirou-se no direito norte-americano, porém dando características muito mais restritas e peculiares", considerando que "a injunção não tem no direito pátrio a amplitude tem no direito americano".

[32] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 448. Ensina o referido autor que "o mandado de injunção é um instituto que se originou na Inglaterra, no séc. XIV, como essencial remédio da *Equity*. Nasceu, pois, do Juízo da Equidade. Ou seja, é um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando falta norma legal (*statutes*) regulando a espécie, e quando a *Common Law* não oferece proteção suficiente". LOPES, Cynthia de Araújo Lima. Mandado de injunção como

Diante de tais considerações, resta confirmada a relevância do estudo das origens do mandado de injunção para a análise acerca da possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* ao referido *writ*, pois um instituto criado originariamente pelo Constituinte de 1988, sem existir figura semelhante em outro ordenamento e carente de regulamentação pelo legislador, justifica todo o debate sobre a evolução da doutrina e da jurisprudência para delinear as características, as amplitudes e os objetivos do respectivo mecanismo.

1.2 A EVOLUÇÃO DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A EFICÁCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Diante da ausência de lei regulamentadora do mandado de injunção, os contornos do referido instituto sempre dependeram da doutrina e da jurisprudência. Os posicionamentos doutrinários e as decisões do STF acerca da eficácia da decisão proferida em mandado de injunção, desde a introdução do referido instituto até os dias atuais, vem sofrendo diversas alterações, sendo possível afirmar que o mandado de injunção é instituto que está se moldando com passar do tempo.

Ao apresentar doutrinariamente a necessidade de previsão de institutos para sanar o problema da inefetividade das normas constitucionais, Anna Candida da Cunha Ferraz, por meio de artigo publicado antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, afirma que "a omissão (ou a inércia) dos poderes constituídos contraria a Constituição, tanto como a contrariam atos praticados afrontando seus preceitos e normas", de modo que a inconstitucionalidade decorre de "toda ação ou omissão que obstaculize a aplicação da norma constitucional"[33].

Após mencionar que a maior gravidade da omissão inconstitucional decorre da inércia do Poder Legislativo, aduz a referida autora que a Constituinte não poderia constranger o legislador a legislar, mas, por outro lado, poderia prever, dentre outras soluções, prazo para a edição de legislação complementar ou integrativa da Constituição, cominando

---

única saída viável para o suprimento das omissões inconstitucionais. **Revista dialética de direito processual**. São Paulo, n. 95, fev., 2011, p. 18. Para a autora, o mandado de injunção teve origem na Inglaterra.

[33] FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a constituinte. **Revista de informação legislativa**, v. 23, n. 89, jan./mar., 1986, p. 52. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181667>. Acesso em: 03/09/14.

sanções políticas ou de outra natureza no caso de inobservância desse prazo ou mesmo revertendo a iniciativa da competência para outro poder [34].

Elcias Ferreira da Costa, em texto publicado em 1989, salientou que o mandado de injunção "não foi criado para suprir possível lacuna de lei", não sendo possível "que órgão jurisdicional efetue a integração do ordenamento, invocando para o caso uma norma que teria sido prevista para regular hipótese diversa, embora análoga", pois a concentração no Judiciário das funções de regulamentar e de legislar invalidaria a separação de poderes[35].

No mesmo ano, foi publicado texto de autoria de Inocêncio Mártires Coelho, no qual afirma que a utilização do mandado de injunção dependeria de sua prévia regulamentação[36].

Por outro lado, Derly Barreto e Silva Filho já afirmava que o mandado de injunção deve viabilizar o exercício do direito, a fim de conferir efetividade concreta às prescrições das Constituições, o que não significa que cria direito novo, mas sim que "apenas integra a norma ao mundo fático, emprestando-lhe eficácia e concreção"[37].

No mesmo sentido, Carlos Frederico Marés de Souza Filho entende que o mandado de injunção deve garantir o exercício do direito, salientando que o Judiciário não usurpa as funções do legislador ou administrador, mas sim conforma "o exercício de direito ou liberdade constitucional, em concreto, com o desiderato da Constituição", ou seja, não cria norma, mas sim encontra fundamento para o exercício da liberdade ou do direito obstaculizado. O referido autor apresenta crítica ao posicionamento do STF adotado à época, afirmando que tal órgão julgador é tímido na solução dos mandados de injunção ao entender que não pode completar a norma porque estaria violando a separação de poderes[38].

---

[34] FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a constituinte. **Revista de informação legislativa**, v. 23, n. 89, jan./mar., 1986, p. 55-56. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181667>. Acesso em: 03/09/14.

[35] COSTA, Elcias Ferreira da. O Objeto e a competência no mandado de injunção. **Revista de informação legislativa**, v. 26, n. 104, out./dez., 1989, p. 63. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181964>. Acesso em: 03/09/14.

[36] COELHO, Inocêncio Mártires. Sobre a aplicabilidade da norma constitucional que instituiu o mandado de injunção. **Revista de informação legislativa**, v. 26, n. 104, out./dez., 1989, p. 58. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181972>. Acesso em: 03/09/14.

[37] SILVA FILHO, Derly Barreto e. Destinação e utilidade do mandado de injunção. **Revista de informação legislativa**, v. 28, n. 112, out./dez., 1991, p. 105-106. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/175890>. Acesso em: 03/09/14.

[38] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O direito constitucional e as lacunas da lei. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 133, jan./mar., 1997, p. 13-14. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/188>. Acesso em: 03/09/14.

Todas essas divergências doutrinárias indicam a complexidade de moldar um instituto inovador. Tal dificuldade também pode ser observada diante da evolução da jurisprudência sobre o mandado de injunção.

Os primeiros mandados de injunção analisados pelo STF sequer foram conhecidos. Na maioria dos casos, a Corte reconheceu sua incompetência para originariamente julgar o feito, com a determinação da remessa dos autos para o Tribunal Federal de Recursos, enquanto não instalado o Superior Tribunal de Justiça, em razão da autoridade omissa[39].

Em 23/11/1989, no julgamento da questão de ordem levantada nos autos do MI 107 QO-DF, o STF reconheceu a autoaplicabilidade do mandado de injunção, por não depender de norma regulamentadora, inclusive quanto ao procedimento, já que, por analogia, seria aplicável o procedimento do mandado de segurança[40]. No referido julgado, o Supremo fixou que a finalidade do mandado de injunção seria equivalente a da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, porque visa obter do Poder Judiciário a declaração de

---

[39] EMENTA: Mandado de injunção. Questão de ordem. Competência. - Pelo artigo 102, I, "q", da Constituição, não é o Supremo Tribunal Federal competente para processar e julgar originariamente mandado de injunção contra o Banco Central do Brasil. (...) Declaração de incompetência do Supremo Tribunal Federal para o processamento e julgamento originários do presente mandado de injunção, com a determinação da remessa dos autos para o Tribunal Federal de Recursos. (MI 4, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/1988, DJ 22-11-1991 PP-16845 EMENT VOL-01643-01 PP-00001 RTJ VOL-00137-01 PP-00003)
EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO CONTRA A UNIÃO (ENTIDADE FEDERAL) E CONTRA MINISTRO DE ESTADO. INCOMPETÊNCIA DO S.T.F. COMPETÊNCIA DO T.F.R. (ARTIGOS 5, LXXI, 102, I, 'Q', 105, I, 'H', E 102, II, 'A', DA C.F. DE 1988). PEDIDO NÃO CONHECIDO, COM REMESSA DOS AUTOS AO TRIBUNAL COMPETENTE (T.F.R.). 1. (...) Aqui, pelas mesmas e até por maiores razões, tal entendimento deve ser adotado, seja porque a impetração se dirige contra a União (entidade federal), seja porque se pretende a eficácia do eventual deferimento perante o Ministro de Estado (autoridade federal). (MI 2 QO, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/1988, DJ 24-02-1989 PP-01890 EMENT VOL-01531-01 PP-00001)
EMENTA: Mandado de injunção. Atos praticados pelo governador do Estado e pela mesa da Assembleia legislativa. Incompetência do Supremo Tribunal Federal para julgar, originariamente, o pedido (art. 102, inc. I, da Constituição da Republica). Não conhecimento. (MI 7 QO, Relator(a): Min. DJACI FALCAO, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/1988, DJ 11-11-1988 PP-29304 EMENT VOL-01523-01 PP-00001)
EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO requerido contra Juiz Eleitoral de 1a. instância. Incompetência originária do STF. Domicílio Eleitoral. Prazo. Redução. Benefício constitucional que prescinde de norma regulamentadora. Hipótese de não-conhecimento. MI não conhecido. (MI 5 QO, Relator(a): Min. CÉLIO BORJA, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/1988, DJ 25-11-1988 PP-31055 EMENT VOL-01525-01 PP-00020)
Outros mandados de injunção não conhecidos pelo STF:
MI 16 QO, Relator(a): Min. DJACI FALCAO, Tribunal Pleno, julgado em 20/10/1988, DJ 04-11-1988;
MI 8 QO, Relator(a): Min. CARLOS MADEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 20/10/1988, DJ 11-11-1988;
MI 51 QO, Relator(a): Min. CARLOS MADEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/1988, DJ 16-12-1988;
MI 110 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/1989, DJ 19-05-1989;
MI 158 QO, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1989, DJ 10-11-1989.

[40] Importante registrar que a Lei nº 8.038/90, que institui normas procedimentais para os processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, dispõe no seu art. 24, parágrafo único, que, no mandado de injunção, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica.

inconstitucionalidade por omissão, no caso de mora no dever de regulamentar, bem como objetiva seja dada ciência dessa declaração ao Poder omisso[41]. Tal posicionamento quanto à natureza da decisão em mandado de injunção passou a ser adotado em outros julgamentos[42].

Ao realizar uma análise de discurso do *leading case* MI 107-DF, relacionando-o com os doutrinadores defensores do respectivo posicionamento, Ricardo Ribeiro aponta que os argumentos dessa tese referem-se à possibilidade de violação ao princípio da separação de poderes, à impossibilidade de conferir ao mandado de injunção efeitos maiores que os conferidos à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em

---

[41] EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE SUA AUTO-APLICABILIDADE, OU NÃO. - Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, e ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5., LXXI, dos quais o exercício esta inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe de ciência dessa declaração, para que adote as providencias necessárias, a semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, par-2., da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de Direito Constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. - Assim fixada a natureza desse mandado, e ele, no âmbito da competência desta corte - que esta devidamente definida pelo artigo 102, i, 'q' -, auto-executavel, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe e analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator. (MI 107 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1989, DJ 21-09-1990 PP-09782 EMENT VOL-01595-01 PP-00001)

[42] EMENTA: Mandado de injunção. Natureza. **O mandado de injunção nem autoriza o judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado**: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o tribunal o faça, se **contem o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra**. Créditos judiciais contra a fazenda pública: pagamento parcelado (ADCT, art. 33): faculdade do poder executivo. O art. 33 do ADCT de 1988 não outorgou direito ao credor da fazenda pública ao pagamento parcelado nele previsto, ao contrario, como faculdade do poder executivo competente, extinta com o transcurso do prazo decadencial de 180 dias sem decisão a respeito; a omissão dela, por conseguinte, não da margem a mandado de injunção. (MI 168, Relator(A): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 21/03/1990, DJ 20-04-1990 PP-03047 EMENT VOL-01577-01 PP-00027). (destaques inseridos)

EMENTA: Agravo regimental. Mandado de injunção. Descumprimento do prazo de cento e vinte dias, previsto no art.29, paragrafo 1., do A.D.C.T. da Constituição, para o Presidente da Republica enviar ao congresso nacional projeto de lei complementar. Prática do ato pela autoridade requerida no curso do processo. Perda de objeto. Pedido prejudicado (RI-STF, art. 21, ix). Reparação de dano, pela mora (código civil, art. 159). **O mandado de injunção não e sucedâneo da ação de indenização. Seus limites foram riscados no MI n. 107-3-DF** (questão de ordem). (MI 175 AgR, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/1990, DJ 06-04-1990 PP-02626 EMENT VOL-01576-01 PP-00028). (destaques inseridos)

EMENTA: Mandado de injunção, de iniciativa de deputados federais pelo estado de São Paulo, para que o Supremo Tribunal determine, em setenta, o numero de representantes daquela unidade da federação, a Câmara dos Deputados, diante do vazio legislativo, decorrente de não ter sido elaborada a lei complementar, prevista no art. 45, par. 1., da Constituição. Legitimidade ativa dos impetrantes, como cidadãos, titulares de prerrogativas político-juridicas que são inequivocamente difusas, mas por sua própria natureza. **Pedido deferido, em parte, dentro dos limites de provisão constitucionalmente cabível, para, reconhecidas a omissão e a mora apontadas, dar ciência das mesmas ao Congresso Nacional, a fim de que supra a omissão.** Votos vencidos, tanto no tocante a preliminar de legitimidade, como a propósito da extensão ou finalidade do deferimento da medida. (MI 219, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 22/08/1990, DJ 19-05-1995 PP-13989 EMENT VOL-01787-01 PP-00074). (destaques inseridos)

especial porque daria maior poder ao lesado que aos legitimados para a ADO, e à possibilidade de eventualmente a eficácia *inter partes* se transmudar em *erga omnes* quando a questão se trate de direitos de vinculação coletiva[43].

No julgamento do MI 81 AgR/DF, em 20/04/1990, o STF afastou a apreciação, por meio do mandado de injunção, da denominada omissão parcial, ao afirmar que "a estrutura constitucional do mandado de injunção impõe, como um dos pressupostos essenciais de sua admissibilidade, a ausência de norma regulamentadora" e que "refoge ao âmbito de sua finalidade corrigir eventual inconstitucionalidade que infirme a validade de ato estatal em vigor"[44]. Em outros julgamentos, foi reiterado esse posicionamento[45].

Alterando o posicionamento firmado no MI 107 QO-DF, no MI 283 - DF, julgado em 20/03/1991, o STF declarou a mora legislativa na edição de lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, § 3º, do ADCT, estabeleceu prazo para a purgação da mora e determinou que, caso subsistisse a lacuna, seria facultado ao titular do direito obstado o ajuizamento de ação contra a União, a fim de obter sentença líquida de indenização por perdas e danos[46].

---

[43] RIBEIRO, Ricardo Silveira. **Omissões normativas**. Niterói, RJ: Impetus, 2003, p. 125-127.

[44] EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO - SITUAÇÃO DE LACUNA TÉCNICA - PRESSUPOSTO ESSENCIAL DE SUA ADMISSIBILIDADE - PRETENDIDA MAJORAÇÃO DE VENCIMENTOS DEVIDOS A SERVIDORES PÚBLICOS - ALTERAÇÃO DE LEI JÁ EXISTENTE - INVIABILIDADE - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. A estrutura constitucional do mandado de injunção impõe, como um dos pressupostos essenciais de sua admissibilidade, a ausência de norma regulamentadora. Essa situação de lacuna técnica - que se traduz na existência de um nexo causal entre o vacuum juris e a impossibilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania - constitui requisito necessário que condiciona a própria impetrabilidade desse novo remédio instituído pela Constituição de 1988. **O mandado de injunção não constitui, dada a sua precípua função jurídico-processual, sucedâneo de ação judicial que objetive, mediante alteração de lei já existente, a majoração de vencimentos devidos a servidores públicos. Refoge ao âmbito de sua finalidade corrigir eventual inconstitucionalidade que infirme a validade de ato estatal em vigor**. (MI 81 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/1990, DJ 25-05-1990 PP-04603 EMENT VOL-01582-01 PP-00038 RTJ VOL-00131-03 PP-00963). (destaques inseridos)

[45] EMENTA: - **Não cabe mandado de injunção**, para, sob color de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional (art.39, § 1º da CF), **pretender-se a alteração de lei já existente**, supostamente incompatível com a Constituição. Precedente do Supremo Tribunal (MI 81-AgRg). (MI 79 AgR, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1990, DJ 24-03-1995 PP-06802 EMENT VOL-01780-01 PP-00001). (destaques inseridos)

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO - PRETENDIDA MAJORAÇÃO DE VENCIMENTOS DEVIDOS A SERVIDOR PÚBLICO (INCRA/MIRAD) - ALTERAÇÃO DE LEI JA EXISTENTE - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - POSTULADO INSUSCETIVEL DE REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA INOCORRENCIA DE SITUAÇÃO DE LACUNA TECNICA - A QUESTÃO DA EXCLUSAO DE BENEFICIO COM OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - MANDADO DE INJUNÇÃO NÃO CONHECIDO. (...). (MI 58, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/1990, DJ 19-04-1991 PP-04580 EMENT VOL-01616-01 PP-00026 RTJ VOL-00140-03 PP-00747)

[46] EMENTA: Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo,

No julgamento do MI 232 - RJ, realizado em 02/08/1991, confirmando a mudança no posicionamento firmado no julgamento do MI 107 QO-DF, o STF, mais uma vez, além de declarar a mora do Poder omisso, fixou prazo para a purgação da mora. Ademais, estabeleceu que, findo o prazo fixado, sem o cumprimento da obrigação de legislar, o requerente passaria a usufruir o direito reclamado[47].

Contudo, em 19/08/1992, no julgamento do MI 369-DF, o STF retomou o posicionamento adotado no MI 107 QO-DF, ao apenas declarar a mora do Congresso Nacional na atividade de regulamentar o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, previsto no art. 7º, XXI, da Constituição[48].

---

contra a União, sentença liquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par. 3. - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional especifica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. **Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da Republica; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença liquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicara a coisa julgada, que, entretanto, não impedira o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.::** (MI 283, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/1991, DJ 14-11-1991 PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882). (destaques inseridos).

[47] EMENTA: Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, **deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providencias legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida**. (MI 232, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1991, DJ 27-03-1992 PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965). (destaques inseridos).

[48] EMENTA: Mandado de injunção. Artigo 7. - XXI da Constituição. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Situação de mora do legislador ordinário na atividade de regulamentar o aviso prévio, como previsto no artigo 7. - XXI da Constituição. Falta de perspectiva de qualquer beneficio ao peticionário, visto que dispensado em perfeita sintonia com o direito positivo da época - circunstancia impeditiva de desdobramentos, no caso concreto, em favor de impetrante. **Mandado de injunção parcialmente deferido, com o reconhecimento da**

Diante dessa evolução e divergência da jurisprudência do STF, a doutrina passou a afirmar que não existe consenso quanto à natureza e aos efeitos da sentença que concede a injunção, indicando que existem duas correntes sobre o assunto, quais sejam, a concretista e a não concretista. A corrente não concretista entende que a decisão que concede a injunção possui natureza exclusivamente declaratória, porque apenas reconhece a omissão legislativa, enquanto a corrente concretista afirma que a sentença que concede a injunção, além de possuir a natureza declaratória da omissão, é constitutiva por viabilizar o exercício do direito. A corrente concretista pode ser subdividida em concretista geral e concretista individual[49].

Segundo a tese não concretista, a decisão que concede a injunção possui natureza declaratória, porque apenas decreta a mora do Poder omisso, dando ciência ao Poder competente acerca da omissão ou, no caso de órgão administrativo, determinando que seja suprida a omissão no prazo de trinta dias. Assim, para essa corrente, o mandado de injunção possui os mesmos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Acompanhando o posicionamento da corrente não concretista, Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina que o mandado de injunção não pode ter alcance maior que o previsto para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sob pena de afronta ao princípio da separação de poderes[50].

Como já apontado, essa tese foi firmada no julgamento do MI 107 QO-DF pelo Supremo Tribunal Federal, a despeito da crítica no sentido de que a providência jurisdicional mostrava-se inócua. Cabe salientar, por exemplo, que, nos julgamentos dos Mandados de Injunção nºs 369 e 695[51], relativos à ausência de norma regulamentadora do art. 7º, XXI, da CF/88 (aviso prévio proporcional ao tempo de serviço), o STF declarou a mora do legislador e determinou a comunicação da decisão ao Poder omisso para suprir a omissão.

---

mora do congresso nacional. (MI 369, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, julgado em 19/08/1992, DJ 26-02-1993 PP-02354 EMENT VOL-01693-01 PP-00015). (destaques inseridos).

[49] DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 330-331.

[50] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 321.

[51] EMENTA: Mandado de injunção: ausência de regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da Constituição da República. **Mora legislativa: critério objetivo de sua verificação: procedência, para declarar a mora e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que a supra**. (MI 695, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2007, DJ 20-04-2007 PP-00087 EMENT VOL-02272-01 PP-00001 LEXSTF v. 29, n. 341, 2007, p. 90-94 RDECTRAB v. 14, n. 155, 2007, p. 118-133). (destaques inseridos).

Por sua vez, a teoria concretista explica que a decisão que concede a injunção possui natureza declaratória e constitutiva, pois, além de declarar a ocorrência da omissão legislativa ou administrativa, viabiliza o exercício do direito, até a edição da norma infraconstitucional. A doutrina subdivide a teoria concretista nas seguintes espécies: a) teoria concretista individual intermediária; b) teoria concretista individual direta; c) teoria concretista geral[52].

A teoria concretista individual intermediária indica que a decisão no mandado de injunção fixa um prazo para o Legislativo suprir a omissão. Decorrido o prazo fixado sem o devido saneamento, o autor da ação terá assegurado o direito pleiteado. Essa corrente foi adotada pelo STF, conforme já mencionado, no julgamento do Mandado de Injunção nº 232-RJ que, diante da ausência de regulamentação do disposto no § 7º do art. 195 da Constituição Federal, declarou a mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional, fixando o prazo de seis meses para a adoção das providências legislativas necessárias ao cumprimento da obrigação de legislar.

Já para a teoria concretista individual direta, a decisão que concede a injunção implementa o direito, desde logo, e produz efeitos apenas para o autor da ação. Assim, ultrapassado um período de tempo desarrazoado para o Legislativo suprir o silêncio legislativo, o STF, mesmo sem conceder prazo, pode regulamentar de imediato o direito violado em favor do impetrante.

Tal teoria foi adotada pelo STF, em 30/08/2007, no julgamento do Mandado de Injunção nº 721/DF[53], por meio do qual se pretendia fosse suprida a inércia legislativa em relação ao art. 40, § 4º, da CF/88, para o fim de viabilizar o exercício do direito à aposentadoria especial. No referido julgamento, o STF, após salientar o caráter mandamental

---

[52] MIOTO, Ricardo de Paula. **Mandado de injunção**: Instrumento de efetividade das normas constitucionais. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/42/25.>. Acesso em: 13/05/15.

[53] EMENTA: 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. (MI 721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142).

e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, deferiu ao impetrante o direito à aposentadoria, nos termos do art. 57 da Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre planos de benefícios da Previdência Social.

Por fim, para a teoria concretista geral, a decisão no mandado de injunção viabiliza o exercício do direito e produz efeitos *erga omnes*, até que sobrevenha a norma infraconstitucional. O STF adotou a posição concretista geral no julgamento dos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712, ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará, os quais objetivavam assegurar o direito de greve apenas para seus filiados, diante da inexistência de lei regulamentando o art. 37, VII, da CF/88. No julgamento dos mencionados mandados de injunção, o STF declarou a omissão legislativa e determinou a aplicação, no que couber, da lei de greve vigente no setor privado (Lei nº 7.783/89) a todos os servidores públicos civis. Portanto, adotou a teoria concretista geral.

Daniel Amorim Assunção Neves denomina de forma diversa as correntes acima indicadas, classificando-as em três teorias: a) teoria da subsidiariedade, que afirma o caráter meramente declaratório da decisão; b) teoria da independência jurisdicional, que admite a criação pelo STF de norma legal com eficácia *erga omnes*; c) teoria da resolutividade, que permite seja sanada a omissão legislativa no caso concreto com efeitos *inter partes*[54].

Essa breve exposição da evolução da doutrina e da jurisprudência do STF sobre a eficácia do mandado de injunção indica que, efetivamente, as características desse instituto inovador estão sendo moldadas ao longo do tempo, com base nas decisões do Supremo, as quais sofrem influência das críticas doutrinárias e até mesmo do mero decurso do tempo, eis que a omissão do legislador por um longo período passa a ser considerada desarrazoada, exigindo posição diversa do Judiciário sob pena de este poder ser omisso no seu dever de zelar pela guarda da Constituição.

Hely Lopes Meireles, desde a criação do mandado de injunção, defendeu uma eficácia limitada ao instituto, alegando a impossibilidade da Justiça de legislar ou de dar solução prática imediata ao exercício do direito do impetrante. Esse posicionamento foi

[54] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 99-100.

adotado pelo STF, conforme julgamento do MI 107-DF. Contudo, o decorrer do tempo revelou a insuficiência da medida, pois

> A contumaz omissão do Legislativo em várias áreas, no entanto, acabou revelando a insuficiência da solução. O descumprimento do prazo não trazia consequências práticas. Embora encarar o julgamento do mandado de injunção apenas como uma comunicação ao Poder Legislativo fosse postura teoricamente perfeita do ponto de vista estritamente jurídico, a prática passou a revelar sua ineficácia no mundo real. Os julgados em mandado de injunção foram sistematicamente ignorados pelo Congresso Nacional, que persistia na omissão ao longo dos anos, não obstante repetidos pronunciamentos da Suprema Corte.
> (...)
> Em 2007 reuniram-se as condições para a modificação da jurisprudência. A composição do Plenário do STF pouco lembrava aquela dos primeiros julgamentos sobre o tema, e depois de quase duas décadas de edição da Constituição Federal o Congresso Nacional continuava em mora em diversas matérias, prejudicando o exercício efetivo de direitos legítimos reconhecidos na própria Carta Política. Assim, em 30.8.2007 foi julgado o MI n. 721-DF, Rel. Min. Marco Aurélio[55].

Talvez a complexidade de moldar os contornos desse instrumento de controle concreto das omissões inconstitucionais, especialmente quanto à questão da eficácia das decisões, justifique a ausência de lei regulamentadora do mandado de injunção.

De todo modo, o posicionamento adotado pelo STF no julgamento dos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712 "fica registrado como marco na história de nosso sistema de controle da omissão inconstitucional"[56], merecendo especial reflexão porque, de um lado, envolve as questões da legitimidade do Judiciário para editar normas gerais e abstratas sem representatividade popular e da possível ofensa ao princípio democrático e ao princípio da separação de poderes. Lado outro, as referidas decisões do Supremo reforçam a eficácia dos direitos fundamentais carentes de regulamentação, a segurança jurídica e a celeridade e economia processuais.

Tais argumentos desfavoráveis e favoráveis à possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* em mandado de injunção serão analisados, respectivamente, nos capítulos 2 e 3. Antes disso, observa-se a necessidade de analisar se há, realmente, decisões do STF em mandado de injunção que consagram a tese da abstrativização do controle concreto das omissões inconstitucionais.

---

[55] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 33ª ed. de acordo com a Lei n. 12.016/2009 com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 330-335.
[56] MENDES, Gilmar. **Estado de direito e jurisdição constitucional**: 2002-2010. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 111.

1.3 A ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA *ERGA OMNES* ÀS DECISÕES PROFERIDAS NOS MANDADOS DE INJUNÇÃO Nº 670, 708 E 712: TENTATIVA DE ANÁLISE DO DISCURSO DOS MINISTROS DO STF

Antes de abordar os argumentos desfavoráveis e favoráveis à possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* em mandado de injunção, é importante verificar se, efetivamente, foi adotada a tese concretista geral nas decisões dos mandados de injunção nºs 670, 708 e 712.

A tentativa de análise das argumentações dos ministros do STF no julgamento de tais mandados de injunção apresenta-se pertinente, a fim de verificar as dificuldades que o Poder Judiciário sofre para exercer um poder regulamentar que não lhe é típico, seja no que se refere à tentativa de justificar a sua legitimidade para suprir a omissão, seja no que se refere à ausência de consenso quanto às questões pertinentes à normatização do direito constitucional carente de regulamentação.

Considerando que foi determinado o julgamento conjunto do MI 670, do MI 708 e do MI 712, as teses dos ministros acabaram por se repetirem. Assim, para evitar maiores repetições sobre os argumentos trazidos pelos ministros, serão analisados apenas os discursos dos ministros apresentados no MI 670. Ao final, será apresentado, de forma sucinta, o posicionamento dos ministros no MI 708 e no MI 712 no que se refere à atribuição de eficácia *erga omnes* em mandado de injunção.

O Mandado de Injunção coletivo nº 670[57] foi impetrado pelo Sindicato dos Policiais Civis do Espírito Santos – SINDIPOL contra o Congresso Nacional, objetivando o

[57] 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 APRECIAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). (...) 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. (MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a)

reconhecimento do direito de greve da categoria, com base na Lei Federal nº 7.783/89, diante da falta de regulamentação do inciso VII do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

O Ministro Relator Maurício Corrêa votou pela procedência parcial do pedido, apenas para declarar a mora do Congresso Nacional, por entender que o Judiciário não poderia garantir o direito de greve ao impetrante nem fixar prazo para o Poder omisso suprir a omissão, sob pena de substituir o legislador ordinário.

Após pedir vista, o Ministro Gilmar Mendes apresentou seu voto, apontando, inicialmente, algumas considerações sobre o mandado de injunção no direito brasileiro, salientando que o instituto "abriu possibilidades para o desenvolvimento sistemático da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, na medida em que atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada omissão do legislador".

O referido ministro, em seu voto, analisou a evolução do mandado de injunção na jurisprudência do STF. Comentou que o STF, no julgamento do MI nº 107/DF (Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990), fixou que "o Tribunal parte da ideia de que o constituinte pretendeu atribuir aos processos de controle da omissão idênticas consequências jurídicas. Isso está a indicar que, segundo seu entendimento, também a decisão proferida no mandado de injunção é dotada de eficácia *erga omnes*". Afirmou que, após o referido *leading case* (MI nº 107/DF), foi conferida maior amplitude ao mandado de injunção.

Saliente-se que, em verdade, no julgamento do MI nº 107, a equiparação dos mecanismos de controle das omissões indicava que ambos objetivavam apenas declarar a mora do poder omisso, não que ambos teriam eficácia geral.

Explicitou o Ministro Gilmar Mendes que, no julgamento do MI nº 283/DF (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991), o STF "estipulou prazo para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados" (direito à reparação econômica contra a União previsto no art. 8º, § 3º, do ADCT). Anotou, ainda, que o STF, no MI nº 232/RJ (Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992), reconheceu que o impetrante poderia gozar a imunidade requerida, considerando que se passaram seis meses sem que o Congresso Nacional editasse a lei referida no art. 195, § 7º, do CF/88. Ademais, no MI nº 284 (Rel. Min. Marco Aurélio, Red.

para acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992), reconheceu a mora do Congresso Nacional e, considerando que esse órgão já tinha sido cientificado no MI nº 283, assegurou aos impetrantes a possibilidade de ajuizarem ação de reparação de natureza econômica instituída pelo preceito transitório.

O Ministro Gilmar Mendes salientou que, no caso de mandado de injunção relativo ao direito de greve dos servidores públicos, a Corte se limitava a declarar a mora legislativa, mas a persistência da mora legislativa, sem qualquer outro posicionamento da Corte, acaba por ocasionar uma omissão judicial. Apontou que o Ministro Carlos Velloso, no MI nº 631/MS, já sinalizava a possibilidade de determinar a aplicação da Lei nº 7.783 para os servidores públicos. Ademais, mencionou que a EC nº 19/98, na tentativa de facilitar a regulamentação do direito de greve, retirou a exigência de lei complementar para tratar do assunto, passando a ser exigida apenas lei ordinária específica. Contudo, ainda assim, não restou regulamentado o referido direito.

O referido Ministro apresentou também um apêndice ao seu voto, por meio do qual fez uma análise comparativa entre a Lei nº 7.783/89 e o texto substitutivo ao projeto de Lei nº 4.497, de autoria da Deputada Federal Rita Camata, bem como destacou que o Deputado Federal Isaías Silvestre, ao apresentar o referido projeto de lei, afirmou que "a proposição tem por base, quando pertinentes, os dispositivos da Lei nº 7.783/1989".

O posicionamento do Ministro Gilmar Mendes foi no sentido de julgar procedente "a pretensão tão somente no sentido de que se aplique a Lei nº 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos". Ademais, o referido ministro explicitou algumas regras sobre aspectos procedimentais para o processamento e julgamento de eventuais demandas coletivas, como a determinação de aplicação da Lei nº 7.701/1988 e a previsão de normas de fixação da competência do STJ, do TRF e do TJ para as demandas coletivas. Registrou que seu posicionamento não afronta qualquer opção constituinte, mas sim objetiva "uma maior efetividade da Constituição como um todo".

Acrescentou, ainda, que, em analogia ao art. 7º da Lei nº 7.783/1989, a deflagração da greve corresponde à suspensão do contrato de trabalho, não havendo prestação de serviços nem pagamento de salários. Apenas haverá pagamento de salários quando a greve tenha ocorrido em razão de atraso no pagamento ou de outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho.

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes conclui seu posicionamento nos seguintes termos: "voto no sentido de que o presente mandado de injunção seja conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nº 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".

O Ministro Ricardo Lewandowski também pediu vista dos autos. Em seu voto, apontou a necessidade do STF conferir maior efetividade ao mandado de injunção, em conformidade com a tendência jurisprudencial sobre o tema. Mencionou, ainda, a existência de três correntes de pensamento acerca dos efeitos da decisão em mandado de injunção: a) decisão declaratória da mora legislativa; b) decisão condenatória que viabiliza o exercício do direito no caso concreto (Celso Agrícola Barbi, Flávia Piovesan e José Afonso da Silva); c) decisão de caráter constitutivo que permite ao Judiciário suprir a norma faltante, com eficácia *inter partes* ou *erga omnes* (José Ignácio Botelho de Mesquita).

O referido Ministro, no seu voto, destacou o voto do Ministro Marco Aurélio no MI nº 20 (julgamento em 9/5/94) no sentido de aplicar, por analogia, a lei de greve vigente no setor privado à greve no serviço público, contudo entendeu não ser possível ao Judiciário "adotar diploma normativo vigente aplicável à situação diversa", frisando que a determinação de eficácia *erga omnes* em mandado de injunção representa invasão de competência exclusiva dos representantes da soberania popular. Após citar Norberto Bobbio, afirmou que não existe relevante semelhança entre a greve no setor privado e a greve no serviço público que autorize o recurso da analogia. A despeito disso, votou pela concessão em parte da ordem "para garantir o exercício do direito de greve aos Policiais Civis do Estado do Espírito Santo, assegurada por estes a prestação de serviços inadiáveis".

O Ministro Eros Grau (Relator do MI nº 712) acompanhou os termos do voto do Ministro Gilmar Mendes. Saliente-se que, a despeito de constar manifestação do referido ministro na íntegra do acórdão do MI 670, o extrato de ata deixou registrado que o Ministro Eros Grau não participou da votação por suceder ao Ministro Relator Maurício Corrêa.

O Ministro Celso de Mello, no seu voto, referiu-se à doutrina que indica a existência, no plano do direito comparado, de quatro modelos normativos principais referentes ao direito de greve no serviço público: a) reconhecimento do direito de greve ao servidor público em condições diferenciadas daquelas fixadas para os trabalhadores em geral; b)

reconhecimento do direito de greve ao servidor público em condições idênticas às fixadas para os trabalhadores em geral; c) reconhecimento tácito do direito de greve ao servidor público; d) vedação total do direito de greve ao servidor público.

O referido ministro salientou que a mora legislativa sobre a regulamentação do direito de greve no serviço público ocorre desde a promulgação da Constituição, sendo que o STF, desde 19/05/94, quando do julgamento do MI nº 20/DF, vem reconhecendo a inércia inconstitucional do Congresso Nacional em relação ao assunto em questão. Assim, constatou o retardo abusivo do dever de legislar e, após apresentar a evolução da jurisprudência do STF quanto aos efeitos do mandado de injunção, salientou que a Constituição estabelece ordens normativas cuja eficácia não pode ser afetada pela voluntária inação das instituições estatais. Ao final, acompanhou os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, para "viabilizar, desde logo, nos termos e com as ressalvas e temperamentos preconizados por Suas Excelências, o exercício, pelos servidores públicos civis, do direito de greve, até que seja colmatada, pelo Congresso Nacional, a lacuna normativa decorrente da inconstitucional falta de edição da lei especial a que se refere o inciso VII do art. 37 da Constituição da República".

No mesmo sentido, o Ministro Sepúlveda Pertence, após registrar que o STF possui o papel de "acicatar aos poderes políticos para o dever de dar efetividade à Constituição", acompanhou a solução apontada pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, por considerar ser a mais razoável diante do papel de guarda da Constituição. Ademais, salientou que a solução apontada pelo Ministro Ricardo Lewandowski apresenta-se mais radical por proibir o desconto de dias parados, já que a suspensão do pagamento representa instrumento de ponderação de interesses.

Por sua vez, o Ministro Carlos Britto trouxe para o debate, de forma explícita, a questão da eficácia *erga omnes* da decisão. Salientou que o vácuo legislativo autoriza o Judiciário a produzir uma norma individual, ou seja, uma sentença (na linha kelseniana). Após, apontou as suas observações sobre os votos dos Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau e Ricardo Lewandowski, ao afirmar:

> Com isso, o Poder Judiciário não estará legislando, absolutamente, não estará decidindo *erga omnes*; estará se debruçando sobre direitos que lhes são postulados em concreto e decidindo para o caso concreto, atento às especificidades dele e renunciando a qualquer tentativa de incursão pelos domínios da transcendência dos fundamentos ou dos motivos determinantes da decisão. Nesse particular, penso que o Ministro Ricardo Lewandowski também cravou, fincou o seu voto nessa perspectiva da validade da decisão não *erga omnes*, mas exatamente para o caso em concreto. E, no particular, não vi nenhuma diferença entre os votos proferidos pelo

> Ministro Ricardo Lewandowski e aqueles que trazem a prestigiosa assinatura dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau.

Ademais, após destacar que não faz sentido decisão judicial de eficácia limitada em mandado de injunção, o Ministro Carlos Britto "acompanhou o voto do Presidente (Ministro Gilmar Mendes)".

Diante das controvérsias expostas pelo Ministro Carlos Britto, a Ministra Cármen Lúcia questionou ao Ministro Ricardo Lewandowski se o seu voto era no sentido de dotar de efetividade a Constituição.

O Ministro Ricardo Lewandowski explicou que o mandado de injunção deve dar efetividade à Constituição. Afirmou que seu voto acompanha a corrente intermediária acerca dos efeitos da decisão em mandado de injunção, a fim de conferir "concreção ao direito pleiteado, no caso concreto, estabelecendo os contornos para o seu exercício", pois entende que a terceira corrente, que adota o efeito *erga omnes*, avança sobre as competências do Poder Legislativo. Continuando, o referido Ministro destacou que os votos que precederam não foram claros quanto à atribuição ou não de efeito *erga omnes* à decisão.

Adentrando no debate, o Ministro Cezar Peluso afirmou ser necessária a fixação das condições de exercício do direito de greve, especialmente porque considera que todo serviço público é essencial, salientando a impossibilidade de paralisação absoluta dos serviços públicos, em razão do princípio da continuidade dos serviços públicos, e registrando a necessidade de discussão sobre o não pagamento dos dias de greve.

Ao entrar na discussão, o Ministro Gilmar Mendes salientou que a decisão, com base no seu voto, terá eficácia *erga omnes* e que a Corte não está inovando nesse ponto, considerando que já restou decidido em mandado de injunção que "qualquer cidadão que se encontrasse na situação prevista no artigo 8º do ADCT poderia buscar a proteção judicial efetiva, segundo as regras do direito comum".

Sobre o pagamento ou não dos dias de paralisação, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a ausência de garantia de pagamento dos dias parados neutraliza o direito de greve.

A Ministra Cármen Lúcia mencionou que, ao seu ver, todos os votos até então manifestados estão no sentido de viabilizar o direito de greve dos servidores públicos diante do abuso do poder de não legislar, já que a inércia do legislador perdura cinco

legislaturas subsequentes. Salientou que a Corte já tinha colocado em mora o Congresso Nacional em outros mandados de injunção. Assim, concluiu seu voto "para conhecer do mandado de injunção e conceder a ordem, nos termos do voto do Ministro Eros Grau", salientando que a decisão deve ter eficácia *inter partes*, conforme ressaltado pelo Ministro Carlos Britto.

O Ministro Cezar Peluso instigou o debate acerca das condições mínimas do exercício do direito de greve. Diante das tentativas de especificações, o Ministro Gilmar Mendes frisou que "não quis descer a esse detalhe, tendo em vista exatamente a dificuldade, por todos proposta, do detalhamento", mas que seu voto é no sentido de aplicação da Lei nº 7.783, inclusive dos arts. 10 e 11. Na oportunidade, o Ministro Eros Grau explicou que votou no sentido de aplicação dos arts. 1º a 9º da lei de greve vigente no setor privado, salientando que os demais preceitos da referida lei não se aplicam à greve no serviço público. Por sua vez, o Ministro Sepúlveda Pertence salientou a necessidade de edição de súmula vinculante.

O Ministro Cezar Peluso esclareceu que julga procedente o mandado de injunção para determinar a aplicação dos arts. 1º ao 9º e 14 da lei de greve vigente no setor privado, ressaltando que "não é possível reconhecer direito ao pagamento dos dias de greve", que a decisão "só se transformará na medida provisória judicial quando se converter em súmula vinculante" e que o serviço público não admite a distinção entre serviço essencial e não essencial, de modo que "qualquer serviço público tem de ser mantido no mínimo da sua essencialidade", não devendo ser aplicados os art. 10 e 11 da referida lei em relação ao serviço público.

Durante a discussão, os Ministros Sepúlveda Pertence, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Carlos Britto salientaram que "legislar é muito difícil" e que o Judiciário se encontra numa situação de desvantagem "porque não se pode obrigar o legislador a legislar, mas o Judiciário é obrigado a julgar" para assegurar o exercício do direito.

O Ministro Joaquim Barbosa resumiu os votos proferidos nos MI 670, 708 e 712 ao afirmar que: a) o Ministro Maurício Corrêa, relator do MI 670, na sessão de 15.05.03, votou pela mera declaração de mora do legislador; b) o Ministro Gilmar Mendes, na sessão de 07.06.06, decidiu no sentido de viabilizar o direito de greve com a aplicação da Lei 7.783, salientando que decisão deve ter eficácia *erga omnes*; c) ainda na sessão de 07.06.06, o Ministro Eros Grau, relator do MI 712, também decidiu pela aplicação da Lei 7.783,

ressaltando que todo serviço público é essencial; d) o Ministro Ricardo Lewandowski, em 12.04.07, apontou os requisitos para a legitimidade da greve, afastando a possibilidade de eficácia *erga omnes*; e) os Ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Britto, Cármen Lúcia e Cezar Peluso acompanharam o voto do Ministro Gilmar Mendes, mas os Ministros Carlos Britto e Cármen Lúcia entenderam que a eficácia deve se restringir ao caso concreto. Salientou que a Corte está mantendo o cuidado diante do risco de extrapolar seus poderes e que se preocupa com "o risco de o STF suprir excepcionalmente a omissão legislativa, e essa disciplina tornar-se a regra".

Assim, o Ministro Joaquim Barbosa acompanhou o voto dos Ministros Lewandowski e Cármen Lúcia, quanto à impossibilidade de se conferir efeitos *erga omnes*, e o voto de Gilmar Mendes, quanto à definição de competências para julgar dissídio de greve. Ademais, salientou que a atribuição de efeitos *erga omnes* depende da edição de súmula vinculante, sugerindo o seguinte teor: "Ofende o direito constitucional de greve dos servidores públicos decisão judicial que julgue ilegal a greve e que tenha por único fundamento a inexistência de lei específica a que se refere o art. 37, VII, da Constituição Federal".

O Ministro Marco Aurélio apresentou seu voto, reiterando os termos do voto que proferiu no MI nº 721-7/DF, para fixar condições temporárias e específicas para o exercício do direito constitucional de greve dos impetrantes representados pelos respectivos sindicatos nos MI's 670-9/ES, 708-0/DF e 712-8/PA, inclusive apontando a competência da Justiça do Trabalho para decidir sobre as reivindicações.

Por fim, a Ministra Ellen Gracie, filiando-se ao posicionamento da maioria dos Ministros, acompanhou o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no MI 708.

Segundo a ementa do julgamento do MI nº 670, "o Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Maurício Corrêa (Relator), que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações".

Desse modo, passou-se a entender que o STF, por maioria, no julgamento do MI nº 670, seguindo a corrente concretista geral para solucionar a omissão legislativa relativa à regulamentação do art. 37, VII, da CF, determinou a aplicação da lei de greve

vigente no setor privado (Lei nº 7.783/89), no que couber, à greve dos servidores públicos. A referida decisão não foi limitada à categoria representada pelo sindicato, ou seja, houve a atribuição de eficácia *erga omnes* a fim de estender os efeitos da decisão a todos os servidores públicos.

No julgamento do Mandado de Injunção nº 708, ajuizada pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa, conforme registros do respectivo acórdão, o Ministro Relator Gilmar Mendes praticamente reiterou os termos do seu voto no julgamento do MI nº 670. O Ministro Ricardo Lewandowski, após pedir vista, votou no sentindo de conceder o mandado de injunção para aplicar solução com eficácia *inter partes*, ou seja, em relação apenas à categoria representada pelo sindicato requerente, e para estabelecer condições específicas para o exercício das paralisações. Os Ministros Direito Menezes, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Carlos Britto acompanharam o voto do relator. Já os Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio seguiram o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, tendo sido vencidos os votos dos referidos ministros. Por fim, a Ministra Ellen Gracie, se filiando à corrente majoritária, acompanhou o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes.

Desse modo, conforme ementa do julgamento do MI nº 708, "o Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações".

Já o Mandado de Injunção nº 712, ajuizado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará, teve como Relator o Ministro Eros Grau, o qual votou pela concessão da injunção para remover o obstáculo decorrente da ausência de norma regulamentadora do direito de greve no serviço público, tornando viável o exercício do direito consagrado no art. 37, VII, da Constituição Federal. O Ministro Gilmar Mendes acompanhou o Ministro Relator, reiterando os termos do seu voto no MI nº 670 e nº 708. Conforme registros do julgamento, também acompanharam o voto do relator os Ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Britto, Cármen Lúcia e Cezar Peluso.

O Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto-vista, conheceu do mandado de injunção, "concedendo a ordem em parte para garantir o exercício do direito de greve aos

servidores do Poder Judiciário do Estado do Pará, assegurada por estes a prestação dos serviços inadiáveis, devendo o Tribunal de Justiça abster-se de adotar medidas que inviabilizem ou limitem esse direito, tais como a suspensão dos pontos e o desconto dos dias parados". O voto do referido ministro foi acompanhado pelos Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, os quais restaram vencidos.

Assim, conforme registros dos respectivos acórdãos, no julgamento do MI nº 712, o STF apresentou a mesma solução que adotou no julgamento dos Mandados de Injunção nº 670 e 708.

Analisando detidamente o julgamento do MI 670, o qual teve "basicamente" a mesma fundamentação do julgamento dos MI's 708 e 712, verifica-se que os Ministros votaram em sentidos diversos, praticamente não alcançando uma posição majoritária em relação às inúmeras questões trazidas para o debate.

Numa tentativa de analisar, resumidamente, o discurso dos ministros no julgamento do MI 670, quanto à questão da atribuição de eficácia *erga omnes*, é possível afirmar que os Ministros manifestaram os seguintes posicionamentos:

Mandado de Injunção nº 670-9/ES	
Ministro	Posicionamento
1. Ministro Relator Maurício Corrêa	Apenas declarou a mora do Congresso Nacional.
2. Ministro Gilmar Mendes	Determinou a aplicação da Lei nº 7.783/1989 para os servidores públicos, não afastando a possibilidade de regime de greve mais severo em razão dos serviços ou atividades essenciais (arts. 9º a 11 da lei). Fixou algumas regras sobre aspectos procedimentais para o processamento e julgamento de demandas coletivas (aplicação da Lei nº 7.701/1988 e previsão de normas de competência do STJ, do TRF e do TJ para as demandas coletivas).
3. Ministro Ricardo Lewandowski	Afirmou ser impossível a aplicação analógica da lei de greve vigente no setor privado. Garantiu o exercício do direito de greve apenas aos impetrantes (eficácia *inter partes*), assegurada por estes a prestação de serviços inadiáveis. Entendeu que deve ser garantido de pagamento dos dias parados em razão da greve.
4. Ministro Eros Grau (Relator do MI nº 712). Não participou da votação por suceder ao Ministro Relator Maurício Corrêa.	Acompanhou os termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, com a ressalva de que devem ser aplicáveis apenas os arts. 1º a 9º da Lei nº 7.783/1989, não se aplicando os demais preceitos à greve no serviço público.

5. Ministro Celso de Mello	Acompanhou os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau.
6. Ministro Sepúlveda Pertence	Acompanhou a solução apontada pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, apesar de ter salientado a necessidade de edição de súmula vinculante.
7. Ministro Carlos Britto	Trouxe para o debate, de forma explícita, a questão da eficácia *erga omnes* da decisão. Acompanhou o voto do Ministro Gilmar Mendes, não deixando claro se posiciona pela eficácia *erga omnes* ou *inter partes*.
8. Ministra Cármen Lúcia	Acompanhou o voto do Ministro Eros Grau, mas salientando que a decisão deve ter eficácia *inter partes*, conforme ressaltado pelo Ministro Carlos Britto.
9. Ministro Cezar Peluso	Determinou a aplicação dos arts. 1º ao 9º e 14 da Lei nº 7.783/1989. Registrou que a decisão deve ter eficácia *inter partes*. Aduziu a necessidade de edição de súmula vinculante. Afirmou que o serviço público não admite a distinção entre serviço essencial e não essencial.
10. Ministro Joaquim Barbosa	Acompanhou o voto dos Ministros Lewandowski e Carmén Lúcia, quanto à impossibilidade de se conferir efeitos *erga omnes*, e o voto de Gilmar Mendes, quanto à definição de competências para julgar dissídio de greve. Salientou que a atribuição de efeitos *erga omnes* depende da edição de súmula vinculante. Ao resumir os votos dos ministros, mencionou que os Ministros Carlos Brito e Cármen Lúcia fizeram referência expressa sobre a restrição dos efeitos ao caso concreto.
11. Ministro Marco Aurélio	Apresentou seu voto fixando condições temporárias para o exercício do direito constitucional de greve dos impetrantes representados pelos respectivos sindicatos, apontando a competência da Justiça do Trabalho para a solução de dissídios (eficácia *inter partes*).
12. Ministra Ellen Gracie	Acompanhou o voto do Ministro Gilmar Mendes.

Com efeito, é possível afirmar que votaram no sentido de atribuir eficácia *erga omnes* à decisão proferida no MI 670 apenas os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cármen Lúcia, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio votaram no sentido de viabilizar o exercício do direito de greve apenas aos impetrantes (eficácia *inter partes*). Numa perspectiva mais conservadora, o Ministro Relator Maurício Corrêa votou no sentido de apenas declarar a mora do Congresso Nacional. Assim, a presente análise conclui que a

maioria dos ministros votou pela atribuição de eficácia *inter partes* ao referido julgado, não de eficácia geral.

A despeito da observação acima referida, ficou registrado na ementa do julgamento do MI nº 670 que o Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Assim, a ementa do julgado em análise indica que ficaram vencidos os ministros que votaram no sentido de atribuir eficácia *inter partes*, conclusão diversa da obtida na análise acima realizada. Destaco que essa divergência talvez seja justificada em razão de eventual falha no registro dos votos.

Numa tentativa de sintetizar o posicionamento adotado pelos ministros no julgamento do MI 708 e do MI 712, quanto aos efeitos da decisão, é possível verificar o seguinte:

Mandado de Injunção nº 708-0/DF	
Ministro	Posicionamento
1. Ministro Relator Gilmar Mendes	Determinou a aplicação das Leis nº 7.783/1989 e nº 7.701/98 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve (eficácia geral).
2. Ministro Ricardo Lewandowski	O mandado de injunção é instrumento para regular, caso a caso, o exercício do direito, motivo pelo qual votou no sentido de assegurar "o exercício do direito do direito de greve aos trabalhadores em educação do município de João Pessoa" (eficácia *inter partes*).
3. Ministro Menezes Direito	Acompanhou o voto do Ministro Gilmar Mendes, mas sugeriu a fixação de prazo para o Congresso suprir a omissão, o que foi acatado pelo Ministro Relator.
4. Ministra Cármen Lúcia	Acompanhou o voto do Ministro Gilmar Mendes, não deixou claro seu posicionamento quanto aos efeitos, embora tenha destacado que a decisão "não se adstringirá ao caso concreto".
5. Ministro Celso de Mello	Acompanhou o voto do Ministro Gilmar Mendes.
6. Ministro Carlos Britto	Salientou que "a lacuna normativa deve ser jurisdicionalmente integrada no caso concreto". Contudo, acompanhou o voto do Ministro Gilmar Mendes, não deixando claro se seu posicionamento é pela eficácia *erga omnes* ou *inter partes*, mas afirmando que, seguindo o voto do relator, "a remessa das peculiaridades de cada caso para

	as respectivas instâncias jurisdicionais me parece extremamente operacional".
7. Ministro Joaquim Barbosa	Salientou que a atribuição de efeitos *erga omnes* depende da edição de súmula vinculante. Votou pela atribuição de eficácia apenas aos servidores representados pelo sindicato impetrante.
8. Ministro Eros Grau (Relator do MI nº 712)	Apenas afirmou que votava "no mesmo sentido anterior". Saliente-se que, no julgamento do MI 670, acompanhou os termos do voto do Ministro Gilmar Mendes.
9. Ministro Marco Aurélio	Apresentou seu voto fixando condições temporárias para o exercício do direito constitucional de greve dos impetrantes representados pelo respectivo sindicato.
10. Ministra Ellen Gracie	Acompanhou integralmente o voto do Ministro Gilmar Mendes.
11. Ministro Cezar Peluso	Estava presente na sessão, mas não consta o registro do seu voto no acórdão. Ressalte-se que, no acórdão do MI 670, o referido ministro se manifestou pela aplicação dos arts. 1º ao 9º e 14 da Lei nº 7.783/1989, salientando que a decisão deve ter eficácia *inter partes*.

Mandado de Injunção nº 712-8/PA	
Ministro	Posicionamento
1. Ministro Relator Eros Grau	Salientou que o STF deve fixar parâmetros "de modo abstrato e geral, para regular todos os casos análogos", e que a norma regulamentadora fixada pelo STF pode ser estendida em hipóteses análogas, por despacho monocrático do relator. Durante o julgamento, chegou a afirmar que evoluiu seu voto "para acompanhar a formulação do Ministro Gilmar Mendes".
2. Ministro Gilmar Mendes (Relator do MI nº 708)	Determinou a aplicação da Lei nº 7.783/1989 à greve no serviço público (eficácia geral).
3. Ministro Ricardo Lewandowski	Votou no sentido de "garantir o exercício do direito de greve aos servidores do Poder Judiciário do Estado do Pará". Durante o julgamento, deixou claro que a decisão no mandado de injunção deve possuir eficácia *inter partes*.
4. Ministro Celso de Mello	Acompanhou os votos dos Ministros Relator Eros Grau e Gilmar Mendes.
5. Ministro Sepúlveda Pertence	Acompanhou os votos dos Ministros Relator Eros Grau e Gilmar Mendes.
6. Ministro Carlos Britto	Não deixou claro seu posicionamento pela eficácia *erga omnes* ou *inter partes*, mas afirmou que acompanhava o voto do Ministro Presidente Gilmar Mendes.

7. Ministra Cármen Lúcia	Acompanhou o voto do Ministro Eros Grau, não deixou claro seu posicionamento quanto aos efeitos, embora tenha destacado que a decisão objetiva "integrar o ordenamento para o caso concreto diante dos impetrantes".
8. Ministro Cezar Peluso	Afirmou que a decisão no mandado de injunção significa a edição de uma regra para o caso concreto, porém mencionou ser inútil exigir que, para o exercício do direito de greve, seja preciso recorrer ao Judiciário. Ademais, salientou a necessidade de edição de súmula vinculante. Ao final do seu voto, afirmou que acompanhava o voto do Ministro Relator Eros Grau.
9. Ministro Joaquim Barbosa	Salientou que a atribuição de efeitos *erga omnes* depende da edição de súmula vinculante. Votou pela atribuição de eficácia apenas aos servidores representados pelo sindicato impetrante.
10. Ministro Marco Aurélio	Apresentou seu voto fixando condições temporárias para o exercício do direito constitucional de greve dos impetrantes representados pelo respectivo sindicato.
11. Ministra Ellen Gracie	Acompanhou integralmente o voto do Ministro Gilmar Mendes.

Tais análises indicam que, de fato, houve a atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões proferidas no julgamento do MI 708 e do MI 712, apesar de não ter sido expresso de modo claro o posicionamento de cada um dos ministros quanto a esse aspecto.

Como já explicitado, durante quase dez anos, a jurisprudência do STF adotava apenas a corrente não concretista em relação aos efeitos do mandado de injunção. Diante de inúmeras críticas doutrinárias[58], a partir de 2007, começou a adotar a corrente concretista. Contudo, não há ainda uma firmeza jurisprudencial quanto à eficácia da decisão que concede a injunção, especificamente em relação à atribuição de eficácia *inter partes* ou *erga omnes* e quanto ao estabelecimento de condições apenas normativas ou de condições normativas e materiais.

[58] PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 192. Flávia Piovesan entende que é incorreto atribuir ao mandado de injunção a mesma função da ADO. Em sua pesquisa, conclui que a melhor interpretação indicaria que "cabe ao Poder Judiciário, ao conceder a injunção, tornar viável, no caso concreto, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que se encontrar obstado por falta de norma regulamentadora".

Parte da doutrina entende que a decisão que concede a injunção deve adotar a tese concretista e possuir eficácia *inter partes*[59]. Contudo, no julgamento dos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712, ajuizados por sindicatos, o STF julgou procedente a pretensão autoral, para determinar a aplicação das Leis nº 7.701/88 e nº 7.783/89 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.

A atribuição de eficácia geral às decisões prolatadas nos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712, a princípio, ofenderia o disposto nos arts. 52, X, e 103-A, da CF, remetendo a discussões envolvendo a legitimidade do Judiciário, diante do princípio democrático e do princípio da separação de poderes, a eficácia dos direitos fundamentais, a segurança jurídica e a celeridade e economia processuais. Ademais, pode implicar certo esvaziamento do conteúdo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, questão essa que será explicitada no tópico a seguir.

1.4 PRINCIPAIS ASPECTOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO: SEMELHANÇAS E DISTINÇÕES EM RELAÇÃO À AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Historicamente, as Constituições brasileiras sempre estabeleceram normas de eficácia limitada, dependentes de regulamentação posterior, as quais, especialmente as normas programáticas, sempre tiveram reduzida efetividade, porque sequer possibilitavam o questionamento pelo seu descumprimento perante o Judiciário.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari explica que a omissão inconstitucional decorre da inércia quanto ao dever de produção de ato normativo que propicie a efetiva aplicação de dispositivos constitucionais. O nosso sistema constitucional não determinou um tempo de inércia para sua caracterização, de modo que "a determinação do prazo razoável deverá ser verificada em cada caso"[60].

---

[59] BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2ª ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 197. PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 192. VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/99 e 9.882 de 03/12/99. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 274.

[60] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 367-368.

A omissão inconstitucional pode ser total ou parcial. A omissão total decorre da ausência de regulamentação, enquanto a omissão parcial ocorre quando há regulamentação insuficiente do dispositivo constitucional[61].

No âmbito do controle das omissões inconstitucionais, a Constituição de 1988, além do mandado de injunção, criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO)[62].

O mandado de injunção foi introduzido como mecanismo do controle concreto de inconstitucionalidade por omissão, porque objetiva suprir uma omissão inconstitucional para viabilizar o exercício do direito subjetivo. Por isso, teoricamente, representa ação de caráter subjetivo que pode ser ajuizada por qualquer lesado, tendo a sua decisão, *a priori*, eficácia apenas *inter partes*.

Consoante já mencionado, restou pacificado na doutrina que o mandado de injunção é autoaplicável, não dependendo de regulamentação, nos termos do § 1º do art. 5º da CF/88. Conforme destaca Débora Pereira Turchetti, "entendimento em sentido contrário seria um verdadeiro paradoxo", já que exigir a regulamentação de instituto que foi criado exatamente para remediar as omissões legislativas representaria ofensa contra a própria Constituição e seus princípios, no contexto da busca pela efetividade dos direitos fundamentais[63]. Saliente-se que, a despeito da ausência de regulamentação do mandado de injunção, o parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.038/90 estabelece a aplicação ao mandado de injunção das normas relativas ao mandado de segurança.

Por sua vez, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, inserida no art. 103, § 2º, da CF/88 como instrumento do controle abstrato das omissões, foi regulamentada pela Lei nº 9.868/99. Trata-se de processo de caráter objetivo, em que não se discute uma relação de direito subjetivo e que somente pode ser ajuizada pelos legitimados previstos no rol taxativo do art. 103 da CF/88. Ademais, a decisão proferida no âmbito da

---

[61] MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei nº 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 392.

[62] DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição**. 3ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 81-84. O autor explica que a introdução da ADO na CF/88 representa um exemplo de 'recepção legislativa externa', que, apesar de sempre ser apontado – com visível engano – como sendo instituto oriundo do modelo constitucional português, sua criação se deu na Constituição Socialista da Iugoslávia de 1974. O constitucionalismo português adotou o instituto e daí foi introduzido na CF/88.

[63] TURCHETTI, Débora Pereira. **A integração do direito brasileiro pelo mandado de injunção**: perspectivas para o instituto no Brasil, em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Dissertação de mestrado em Direito. Orientador Aloizio Gonzaga de Andrade Araujo. UFMG, Belo Horizonte, 2012, 102 folhas, p. 33. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-8XTMWZ>. Acesso em: 02/09/14.

ADO possui eficácia contra todos e efeito vinculante em relação ao Executivo e ao Judiciário, nos termos do art. 102, § 2º, da CF.

"No mandado de injunção, o Judiciário legisla provisoriamente em concreto" até ser suprida a omissão inconstitucional pelo órgão competente, enquanto na ação direta de inconstitucionalidade por omissão é declarada a inércia do Legislativo, ou declarada a inércia da autoridade administrativa e determinada a adoção das providências necessárias em trinta dias[64].

Assim, a decisão proferida em mandado de injunção possui natureza constitutiva porque objetiva preencher lacuna provocada pela falta de regulamentação. Já a decisão prolatada na ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem natureza declaratória no caso de omissão de órgãos legislativos ou natureza mandamental no caso de omissão de órgãos administrativos[65].

Phelippe Toledo Pires de Oliveira aponta quatro pressupostos do mandado de injunção: a) existência de norma constitucional de eficácia limitada; b) ausência de norma regulamentadora de uma previsão constitucional; c) inviabilização do exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania; d) prova do decurso de prazo razoável/notório (quer pelo escoamento de um prazo previsto pela própria Constituição, quer pela existência de uma mora anteriormente reconhecida pelo próprio Poder Judiciário). Já os pressupostos da ADO são: a) existência de norma constitucional de eficácia limitada; b) ausência de norma regulamentadora de uma previsão constitucional; c) prova do decurso de prazo razoável/notório, seja pelo escoamento de um prazo previsto pela própria Constituição, seja pela existência de uma mora anteriormente reconhecida pelo próprio Poder Judiciário[66].

Quanto ao objeto de incidência do *writ*, há divergência doutrinária quanto à extensão dos direitos e liberdades constitucionais tutelados pelo mandado de injunção. Há três correntes doutrinárias sobre o assunto: a) corrente restritiva: defendida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, indica que o mandado de injunção somente alcança os direitos referentes à condição de nacional ou cidadão expressamente mencionados no art. 5º, LXXI, da CF; b)

[64] SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Mandado de injunção. **Revista do instituto dos advogados de São Paulo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 8, n. 15, janeiro-junho, 2005, p. 304.
[65] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O novo aproveitamento do novo mandado de injunção. **Revista de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, Vol. 81, p. 108.
[66] OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. **Das omissões legislativas inconstitucionais e seus instrumentos de combate à luz dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/521934>. Acesso em: 04/05/15.

corrente intermediária: tem como defensores Celso Ribeiro Bastos e J. J. Calmon de Passos e aponta que o mandado de injunção somente pode ter como objeto os direitos consagrados no Título III da Constituição; c) corrente abrangente: acolhida por Lênio Luiz Streck, Celso Agrícola Barbi e Carlos Augusto Alcântara Machado e acompanhada pela atual jurisprudência do STF, afirma que não é possível interpretar as garantias constitucionais de forma restritiva, de modo que apenas os direitos autoaplicáveis podem ser excluídos, incluindo-se no campo de proteção do mandado de injunção todos os direitos constitucionalmente consagrados que dependam de norma regulamentadora para sua efetivação[67].

Assim, a princípio, o objeto da ADO é mais amplo que o objeto do mandado de injunção, pois, tratando-se de instrumento de controle abstrato, visa salvaguardar a ordem jurídica como um todo. Apesar de mais reduzido o objeto do mandado de injunção, sua eficácia expressa maior potencialidade que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão[68]. Saliente-se que, caso se adote a corrente abrangente acima mencionada em relação ao objeto do mandado de injunção, ambos os instrumentos de controle da omissão inconstitucional passam a tutelar o mesmo objeto, ou seja, todos os direitos constitucionalmente consagrados que dependam de norma regulamentadora para sua efetivação.

A competência em mandado de injunção é definida em razão do órgão ou autoridade responsável pela edição da lei regulamentadora. O STF e o STJ são competentes para processar e julgar originariamente o mandado de injunção.

Compete ao STF processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "q", da CF).

Compete ao STJ processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência

[67] MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de injunção. In: Cruz, Alexandre (organizador). **Ações constitucionais**: mandado de segurança, habeas data, mandado de injunção, habeas corpus e outros instrumentos de garantia. Campinas, SP: Millennium, 2007, p. 146-150.
[68] PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 195.

do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (art. 105, I, "h", da CF).

O STF possui, ainda, competência recursal no caso de decisão denegatória do mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores. Ademais, além da competência dos Tribunais Superiores, remanesce a competência dos demais tribunais e juízos federais ou estaduais, aplicando-se, por analogia, a legislação sobre o mandado de segurança. Quanto ao tema recursal, importante destacar, ainda, que:

> Os recursos cabíveis da decisão sobre o mandado de injunção são somente os admitidos na própria Constituição, não podendo ser estabelecidos outros tipos pelo STF (...).
> Cabe recurso especial para o STJ, e não recurso ordinário, das decisões dos Tribunais Estaduais em mandado de injunção[69].

Apesar de o art. 102, I, a, da CF não ter mencionado de modo expresso, a competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão pertence exclusivamente ao STF, até por ser o Excelso Pretório o guardião da Constituição[70].

Conforme já mencionado, aplica-se ao mandado de injunção o mesmo procedimento do mandado de segurança. Assim, qualquer interessado pessoa física ou jurídica possui legitimidade para impetrar mandado de injunção. A legitimidade passiva, por sua vez, pertence à autoridade omissa competente para expedir a norma faltante.

Já "a ação de inconstitucionalidade por omissão tem a mesma natureza, o mesmo rito, o mesmo procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por ação", tratando-se de processo objetivo que não conhece partes, cuja decisão possui eficácia *erga omnes*. Os legitimados ativos para a ADO são os mesmos legitimados para intentar a ação direta de inconstitucionalidade por ação. O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido na ADO (art. 103, § 1º, CF). O Advogado-Geral da União, na ação direta de inconstitucionalidade por ação, tem o dever de defender o ato ou texto impugnado, mas, no caso da ADO, não há ato a ser defendido, pois o seu objetivo é suprir a omissão normativa[71].

A jurisprudência do STF sempre se posicionou pela possibilidade de impetração de mandado de injunção coletivo, mediante a aplicação analógica do disposto no

---

[69] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 33ª ed. de acordo com a Lei n. 12.016/2009 com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 326-328 e 336-337.

[70] VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/99 e 9.882 de 03/12/99. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 253.

[71] VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/99 e 9.882 de 03/12/99. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 253-254.

art. 5º, LXX, da CF/88, segundo o qual o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional e por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados[72].

Em resumo, dentre as diversas diferenças entre a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, destacam-se as seguintes: a) na ADO, a competência é privativa do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "a", da CF); no caso do mandado de injunção, a competência não é mais exclusiva do Supremo Tribunal Federal, pois este órgão de cúpula pode exercer a competência originária (art. 102, "q", da CF) ou a competência derivada em recurso ordinário (art. 102, II, "a", da CF) e também existe a competência originária do STJ (105, I, "h", da CF) e dos Tribunais da Justiça Estadual (art. 125, § 1º, da CF); b) a ADO é cabível contra qualquer omissão inconstitucional, enquanto o mandado de injunção possui cabimento mais restrito, caso não se adote a corrente mais abrangente; c) a ADO é uma forma de controle abstrato das omissões inconstitucionais, enquanto o mandado de injunção é mecanismo do controle concreto; d) os legitimados ativos para proporem ADO são aqueles elencados no art. 103 da CF, enquanto no mandado de

[72] EMENTA: (...) I – A jurisprudência desta Corte sedimentou a possibilidade de as entidades de classe, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, utilizarem o mandado de injunção coletivo. (...). (MI 4503 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 02-12-2013 PUBLIC 03-12-2013)
EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO. SINDICATO: LEGITIMIDADE ATIVA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS: C.F., art. 7º, XI. I. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite legitimidade ativa ad causam aos sindicatos para a instauração, em favor de seus membros ou associados, do mandado de injunção coletivo. II. - Precedentes: MMII 20, 73, 342, 361 e 363. III. - Participação nos lucros da empresa: C.F., art . 7º, XI: mandado de injunção prejudicado em face da superveniência de medida provisória disciplinando o art. 7º, XI, da C.F. (MI 102, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/1998, DJ 25-10-2002 PP-00025 EMENT VOL-02088-01 PP-00001)
EMENTA: Mandado de injunção. Isonomia de vencimentos. Constituição, art. 39, par. 1. Sindicato de servidores federais, em uma unidade da federação, que vindica igualdade de vencimentos para certa categoria funcional, tendo em conta os vencimentos de outra categoria funcional. Legitimidade ativa do sindicato requerente. Constituição, art. 8., III. (...). (MI 347, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/1993, DJ 08-04-1994 PP-07222 EMENT VOL-01739-01 PP-00121)
EMENTA: I - Mandado de injunção coletivo: admissibilidade, por aplicação analógica do art. 5., LXX, da Constituição; legitimidade, no caso, entidade sindical de pequenas e medias empresas, as quais, notoriamente dependentes do crédito bancario, tem interesse comum na eficacia do art. 192, par. 3., da constituição, que fixou limites aos juros reais. (...). (MI 361, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/1994, DJ 17-06-1994 PP-15707 EMENT VOL-01749-01 PP-00046)

injunção qualquer pessoa será titular da ação; e) a decisão em ADO possui efeito *erga omnes*, enquanto no mandado de injunção possui efeito *inter partes*[73].

As distinções entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão apresentadas pela doutrina indicam uma enorme potencialidade do mandado de injunção em comparação com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Com efeito, além da possibilidade de impetração do mandado de injunção por qualquer lesado, é reconhecida a legitimidade ativa de ente coletivo para ajuizar esse remédio constitucional. Já a ADO apenas pode ser ajuizada pelos legitimados do art. 103 da CF. Adotando-se a corrente abrangente quanto ao objeto de incidência do mandado de injunção, a qual é acompanhada pela atual jurisprudência do STF, todos os direitos constitucionalmente consagrados que dependam de norma regulamentadora para sua efetivação estão no seu campo de proteção, assim como ocorre na ADO.

Além disso, consoante consagrado na jurisprudência, o mandado de injunção deve viabilizar o exercício do direito carente de regulamentação, enquanto a ADO objetiva apenas a declaração da mora do legislador.

Ademais, o esvaziamento do conteúdo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão torna-se perceptível diante da possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* em mandado de injunção, conforme posicionamento do STF nos julgamentos dos MI's nº 670, 708 e 712, reiterado nos Informativos 458 e 700 do STF.

Essa potencialidade do mandado de injunção causa certa estranheza no nosso sistema de controle de constitucionalidade, pois as ações de controle concentrado possuem um campo de legitimados ativos restritos. Assim, se a própria Constituição restringiu o campo de legitimados ativos para o controle abstrato, como compreender a existência do mandado de injunção, que pode ser ajuizado por qualquer lesado, com maior potencialidade que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão?

Cumpre apontar observações de Ivo Dantas no sentido de que o mandado de injunção objetiva assegurar "direitos individuais subjetivos, constituindo instrumento de controle concreto de constitucionalidade". Contudo, com a adoção da teoria concretista geral,

[73] MARTINS, Rachel Figueiredo Viana. **Mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5621/Mandado-de-injuncao-e-a-acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao>. Acesso em: 24/08/14.

o mandado de injunção ganhou contorno mais abrangente que a própria ADIN por omissão, o que causa ampla discussão na doutrina[74].

Consoante já mencionado, no julgamento do MI 107 QO, o STF firmou sua posição inicial sobre o instituto, afirmando que teria a finalidade de declarar a omissão inconstitucional e dar ciência dessa declaração ao Poder omisso, "à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão". Oportuno ressaltar que, nos anos iniciais após a vigência da Constituição de 1988, a doutrina e a jurisprudência eram no sentido de atribuir um alcance tímido ao mandado de injunção e que, com a caracterização de retardo abusivo do dever de legislar com o decurso do tempo, passaram a admitir a fixação de prazo para o Poder omisso sanar a omissão e, após, foi adotada a tese de viabilização do exercício do direito.

Isso indica que o mandado de injunção, justamente por não possuir regulamentação, teve a possibilidade de se moldar conforme as reais necessidades sociais, ao passo que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão sempre possuiu um tímido alcance segundo a doutrina, a jurisprudência e a sua lei regulamentadora, inclusive em razão de sua própria previsão constitucional.

Ao tratar da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, Luís Roberto Barroso apresenta pertinente observação acerca da necessidade de formulações alternativas para solucionar o problema omissão inconstitucional, mediante a previsão de 'sanções' ou técnicas que impulsionem o órgão omisso no seu dever de suprir a omissão:

> Note-se que a decisão proferida opera diferentemente, de acordo com o órgão responsável pela omissão. Se este for administrativo, terá ele caráter mandamental e o agente público competente para sanar a omissão poderá ser responsabilizado administrativa e criminalmente se permanecer inerte. (...)
> No que concerne às omissões do Poder Legislativo, insanáveis, em princípio, por via judicial, algumas fórmulas devem ser alçadas ao debate, tais como:
> 1. nos casos em que a iniciativa da lei dependa do Executivo, sua omissão em encaminhar a mensagem num prazo a ser fixado transferiria a competência a qualquer parlamentar para deflagrar o processo legislativo;
> 2. ampliar a competência de iniciativa da elaboração das leis, estendendo-se aos poderes estaduais, ao defensor do povo e, mesmo, aos cidadãos, diretamente, por mecanismos a serem regulamentados;
> 3. fixar a obrigatoriedade de inclusão, sucessivamente, na ordem do dia, do projeto desta natureza que se encontre em tramitação no órgão legislativo. Se ao final de determinado número de sessões não houver sido apreciado, nenhum outro projeto poderá ser votado antes que sobre ele se delibere[75].

[74] DANTAS, Ivo. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 347.
[75] BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 94-95.

Nessa linha de raciocínio, a crítica não deve ser direcionada ao mandado de injunção que adquiriu relevante potencialidade no combate às omissões inconstitucionais, mas sim à tímida atuação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que talvez justifique, inclusive, o fortalecimento do controle concreto das omissões.

Desse modo, deve-se entender que o esvaziamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão decorre da sua finalidade de apenas declarar a omissão inconstitucional e dar ciência dessa declaração ao Poder omisso, não sendo o mandado de injunção responsável pelo seu enfraquecimento, mas sim o posicionamento doutrinário, jurisprudencial e legal que sempre foi dado ao referido instrumento de controle abstrato das omissões.

De toda sorte, a atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão proferida em mandado de injunção, conforme o ocorrido no julgamento dos MI's nº 670, 708 e 712, merece ser objeto de intenso debate doutrinário e, por isso, serão analisados, nos próximos capítulos, os impactos da abstrativização do mandado de injunção sobre a teoria do controle de constitucionalidade.

2 **PRINCIPAIS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À OBJETIVAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO: DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E DA SEPARAÇÃO DE PODERES E NECESSIDADE DE EDIÇÃO DE SÚMULA VINCULANTE**

2.1 O DEBATE SOBRE A POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS

A despeito da análise de discurso realizada no capítulo anterior indicar que não houve a atribuição de eficácia *erga omnes* pela maioria dos ministros do STF em relação à decisão proferida no julgamento do MI nº 670, a doutrina[76] e o próprio Supremo, conforme já dito, se manifestam no sentido de que, no referido julgado, assim como no julgamento dos Mandados de Injunção nºs 708 e 712, foi determinada a aplicação da Lei nº 7.783/89 a todos os servidores públicos civis (eficácia geral), não apenas aos servidores vinculados aos sindicatos impetrantes.

A possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* em mandado de injunção indica que o Judiciário, por meio do referido remédio constitucional, pode editar normas gerais e abstratas para o fim de suprir a omissão inconstitucional, viabilizando o exercício do direito. Essa atuação do Poder Judiciário, especialmente porque seus membros, diferente do que ocorre em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, não possuem representatividade popular e porque indica o exercício da função legislativa pelo Poder Judiciário, remete ao debate acerca do possível desrespeito aos princípios democrático e da separação de poderes.

Michel Temer entende que, no mandado de injunção, o Judiciário deve declarar o direito para que dele possa desfrutar o postulante e que essa atividade não caracteriza legislação, mas sim exercício da jurisdição na forma ampliada. O referido autor entende que nem todas as normas de eficácia limitada autorizam o mandado de injunção, a exemplo do art. 37, VII, da CF/88 que prevê o direito de greve dos servidores públicos,

[76] NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Remédios constitucionais**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 217-218. Para o autor, nos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712, "o Supremo Tribunal Federal adotou a posição concretista geral". Ademais, salienta que, recentemente, no julgamento do MI 721foi adotada a corrente concretista individual.

porque "não é possível nele vislumbrar requisitos mínimos autorizadores do desfrute desse direito, enquanto os termos e limites não forem definidos em lei específica"[77].

Esse questionamento sobre a legitimidade do Judiciário para atribuir eficácia *erga omnes* em mandado de injunção tem como base inicial o debate sobre a possibilidade de realização do controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos normativos.

A análise da relação entre democracia, separação de poderes e controle de constitucionalidade remete ao debate acerca do questionamento de o Judiciário, ao realizar o controle de constitucionalidade, usurpar as funções do legislador e desrespeitar a democracia, especialmente porque os membros do Congresso Nacional possuem representatividade popular, enquanto os ministros do STF não são eleitos pelo povo e exercem cargos vitalícios. Essa questão, pois, envolve o debate sobre quem deve ser o guardião da Constituição ao realizar o controle abstrato de constitucionalidade das leis[78].

É célebre o debate teórico sobre quem deve ser o guardião da Constituição travado entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, autores que exerceram enorme influência no estudo da jurisdição constitucional ao apontar as instituições encarregadas de efetuar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, com a preservação do equilíbrio dos Poderes estatais[79].

Em sua visão antiliberal, Carl Schmitt entende que um Tribunal Constitucional não pode exercer o controle de constitucionalidade, porque tal tarefa transfere poderes de legislação (políticos) para o Judiciário, desequilibrando o sistema constitucional do Estado de Direito. Aponta que a revisão dos atos legislativos por um tribunal independente é uma afronta à soberania. Questiona a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional e o papel das Cortes Constitucionais, mencionando que o povo é o detentor legítimo do controle

[77] TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24ª. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 219-221.
[78] DUTRA, Yuri Frederico. Democracia e controle de constitucionalidade: a partir da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. **Revista bonijuris**, ano XXV, Curitiba, n. 592, mar., 2013, p. 13-15. O autor aponta que Carl Schmitt e Hans Kelsen, em 1930, travaram debate com o objetivo de indicar o poder legítimo para exercer o controle de constitucionalidade. Ademais, salienta o debate iniciado em meados dos anos de 1970 entre John Hart Ely e Ronald Dworkin sobre o processo democrático de elaboração das leis, discussão analisada por Habermas.
[79] CUNHA, Estevão dos Santos. **Controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União**: Jurisdição constitucional e perspectivas em face do posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal3.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2567232.PDF>. Acesso em: 02/07/15, p. 26.

de constitucionalidade, de modo que, quando o legislador desvirtuar sua função de representar o povo, o guardião da Constituição deve ser o Executivo[80].

Em sua teoria, Schmitt indica que a Constituição é a unidade política de um povo e do Estado, os quais são representados pelo chefe de governo eleito, por isso o referido autor adota o conceito de Constituição política e aponta o Presidente do Reich como guardião da Constituição, o qual possui como forte instrumento o uso de decretos. O Presidente exerceria um poder neutro que, inclusive, estaria acima dos outros e, por isso, teria legitimidade para exercer a função de guardião da Constituição[81].

Em contraposição ao pensamento de Schmitt, Hans Kelsen aponta que o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade deve ser exercido por um Tribunal Constitucional, órgão especial criado para este fim, ligado ao Poder Judiciário. Para o autor, a ideia de Schmitt é o resgate do poder neutro da teoria de Benjamin Constant, que justificava a monarquia constitucional. Kelsen rebate a crítica de que os membros do Judiciário não possuem legitimidade democrática ao mencionar que a política é elemento integrante do exercício da jurisdição e que ela está presente em maior grau nos tribunais constitucionais que em outros tribunais, sendo que os membros dos Tribunais Constitucionais podem ser eleitos pelo povo. Ademais, aponta a existência de dúvida quanto à neutralidade do Executivo em assumir o controle de constitucionalidade[82].

Contemporaneamente, com a prevalência da tese de Kelsen sobre a de Schmitt, "é muito difícil alguém defender abertamente que o Presidente deva ser o Guardião da Constituição e não um Tribunal Constitucional, e buscar sua instauração fática sem que receba críticas de promover sérias rupturas com a tradição democrática ocidental"[83].

O modelo de Estado legislativo de direito, em que "a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador", e em que o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário não existia ou existia de modo tímido, cedeu seu espaço para o Estado constitucional de direito, o qual se

[80] SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 71-100.
[81] SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 207-208.
[82] KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2ª ed. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 241-266.
[83] LORENZETTO, Bruno Meneses. O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da Constituição. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2236.pdf>. Acesso em: 12/07/14.

consolidou, na Europa continental, a partir do final da Segunda Guerra Mundial. "No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica", vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial (primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais). Nesse sentido, a expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, a jurisdição constitucional é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema[84].

Com efeito, a expansão da litigiosidade, decorrente das novas responsabilidades do Estado diante das segunda e terceira gerações de direitos fundamentais, em meio à crise de legitimidade dos parlamentares, ocasionou também a expansão da jurisdição constitucional, surgindo a denominada "ditadura da toga" em razão da possibilidade de arbitrariedade e do déficit democrático do Judiciário. Contudo, "a jurisdição constitucional representa a grande invenção contramajoritária, na medida em que serve de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia", ao cuidar para que os fatores reais de poder não impliquem a ditadura da maioria. Assim, a legitimidade da atuação jurisdicional estaria vinculada a sua racionalidade e a sua capacidade de justificação, bem como ao seu dever de garantir a efetivação dos direitos fundamentais[85].

O controle de constitucionalidade de ato normativo, que pressupõe a supremacia da Constituição, objetiva impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição e, no caso de controle da inconstitucionalidade por omissão, visa conferir eficácia plena a todos os preceitos constitucionais. A função da realização de controle de constitucionalidade pelo STF é jurisdicional, não política, a despeito de sua decisão interessar à coletividade, até mesmo porque sua atividade de pacificação social interessa a toda a sociedade, embora se considere sério o confronto entre a manifestação de órgão constituído (atos normativos) e a manifestação anterior do poder constituinte (Constituição)[86].

No mesmo sentido, entendendo que o controle da omissão inconstitucional realizado pelo STF é uma tarefa jurídica, Clèmerson Clève explica que "o suprimento da omissão inconstitucional reclama o desenvolvimento simultâneo de técnicas estritamente

[84] BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**, p. 4-5. Acesso em: 27/05/15. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>.
[85] CAMBI, Eduardo; Nassif, Diego. Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania. **Revista dos tribunais**. São Paulo, ano 101, vol. 916, fev., 2012, p. 251 e 257-259.
[86] TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24ª. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 45-46.

jurídicas e de técnicas políticas superadoras dos modos tradicionais de controle aceitos pelas democracias representativas". Dentre as técnicas jurídico-políticas, podem ser citadas a iniciativa popular, a iniciativa legislativa dos Estados-membros, o deslocamento do poder de iniciativa legislativa e o enquadramento da conduta omissiva como crime de responsabilidade, mas nosso sistema apenas prevê a iniciativa popular. Em relação às técnicas estritamente jurídicas, aponta que a atual Constituição passou a admitir a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção[87].

A crescente atuação do papel da jurisdição constitucional no Brasil é tema de diversos debates, existindo posicionamentos contra ou a favor dessa atividade do Judiciário, apontando-se como argumentos centrais o princípio da separação de poderes e a ideia de democracia como proteção das maiorias, de um lado, e a proteção dos direitos fundamentais e a ideia de proteção das minorias de outro lado.

Nesse sentido, Gilmar Mendes, ao analisar a atuação da jurisdição constitucional na efetiva concretização da igualdade e da liberdade, valores que fundamentam o Estado constitucional, explica que:

> Esse é o mais relevante papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição. Não há Estado de Direito, nem democracia, onde não haja proteção efetiva de direitos e garantias fundamentais.
> O cumprimento dessa precípua tarefa por parte da Corte não tem o condão de interferir negativamente nas atividades do legislador democrático. Não há "judicialização da política" quando as "questões políticas" estão configuradas como verdadeiras "questões de direitos". Essa tem sido a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, desde os primórdios da República.
> Nos Estados constitucionais contemporâneos, é incumbência da Jurisdição constitucional ser a guardiã da Constituição, nunca em detrimento dos demais Poderes democraticamente constituídos. No cumprimento desse mister, legislador democrático e jurisdição constitucional têm papéis igualmente relevantes. A interpretação e a aplicação da Constituição é tarefa cometida a todos os Poderes, assim como a toda a sociedade. Como ensinou-nos o Professor Peter Häberle, todo aquele que vive a Constituição é também seu legítimo intérprete.
> A imanente tensão dialética entre democracia e Constituição, entre direitos fundamentais e soberania popular, entre Jurisdição Constitucional e legislador democrático, é o que alimenta e engrandece o Estado Democrático de Direito, tornando possível o seu desenvolvimento, no contexto de uma sociedade aberta e plural, baseado em princípios e valores fundamentais[88].

Essa breve retomada do debate sobre a possibilidade de realização do controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos normativos, inicialmente com os questionamentos preliminares sobre quem deve ser o guardião da Constituição e sobre o

[87] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 330-331e 338.
[88] MENDES, Gilmar. **A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigodiscurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 08/07/15.

eventual exercício de atividade política e/ou jurídica pelo Judiciário e, posteriormente, com a verificação da atual problemática acerca da necessidade ou não de imposição de limites ao exercício da jurisdição constitucional, apresenta-se fundamental para a análise sobre a possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão proferida em mandado de injunção.

Assim, o presente capítulo traz para o leitor os principais argumentos dos defensores da necessidade de imposição de limites ao exercício da jurisdição constitucional, especificadamente diante da alegada ausência de legitimidade do Judiciário para atribuir eficácia *erga omnes* à decisão proferida em mandado de injunção. Essa atuação do STF, por meio do mandado de injunção, pode significar a edição de normas gerais e abstratas por quem não possui representatividade popular, questão que envolve o possível desrespeito ao princípio da separação de poderes e à própria democracia.

Além da abordagem do princípio da separação de poderes e do princípio democrático como argumentos contrários à possibilidade de eficácia *erga omnes* em mandado de injunção, este capítulo apontará que a edição de súmula vinculante representa possível mecanismo legítimo para a ampliação da eficácia em mandado de injunção.

No capítulo seguinte, por sua vez, serão analisados os argumentos a favor da possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão proferida em mandado de injunção.

2.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E SUA RELAÇÃO COM A LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO PARA, EM MANDADO DE INJUNÇÃO, ATUAR COMO LEGISLADOR PARALELO

O estudo da teoria da separação ou tripartição de três poderes, desenvolvida por Charles de Montesquieu, na obra "Do Espírito das Leis", é fundamental para a compreensão das relações entre os poderes constituídos.

Nos capítulos iniciais do Livro XI da referida obra, Montesquieu aponta o conceito de liberdade no sentido político, como "o direito de fazer tudo aquilo que as leis facultam" (liberdade negativa). Para o autor, a liberdade política somente existe nos Estados "quando não se abusa do poder; porém, a experiência eterna nos mostra que todo homem que

tem poder é sempre tentado a abusar dele; e assim irá seguindo, até que encontre limites". Daí a ideia de que é preciso que "o poder contenha o poder"[89].

No capítulo 6 do referido Livro XI, Montesquieu estuda a Constituição da Inglaterra. Inicialmente, identifica que "há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil". O primeiro possui a função de criar as leis; o segundo, o poder executivo do Estado, possui a função de determinar a guerra ou a paz, de prevenir invasões, dentre outros; e o terceiro, o poder de julgar, exerce a função de punir os crimes e julgar as questões dos indivíduos[90].

Montesquieu elaborou de maneira mais clara a concepção da existência, em todo Estado tido como democrático ou não absolutista, de três poderes, os quais, atualmente, se identificam com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A teoria da separação de poderes indica que os poderes devem atuar de forma independente e autônoma, mas, ao mesmo tempo, de forma harmônica (devem formar um repouso e são obrigados a caminhar de acordo). A partir da ideia de que só o poder freia o poder, teoria que ficou conhecida como "sistema de freios e contrapesos", depreende-se que nenhum dos três poderes tem autonomia absoluta sobre a sociedade nem sobre os outros tipos de poderes e que, por outro lado, a liberdade só existe se houver a separação dos poderes[91].

A despeito da grande contribuição da referida obra, deve-se registrar que Montesquieu, talvez em razão do contexto histórico em que escreveu, entende que a lei é clara e cega, de modo que os juízes não são "mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força nem o rigor". De todo modo,

[89] MONTESQUIEU, Charles de. **Do espírito das leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 164-165.
[90] MONTESQUIEU, Charles de. **Do espírito das leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 165-166.
[91] MONTESQUIEU, Charles de. **Do espírito das leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 166-173. Para o autor, "tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares". Tal percepção indica que não deve ser concentrado numa só pessoa ou num só corpo mais de uma das três principais funções do Estado (legislar, executar as leis e julgar) e que cada um dos poderes tem a faculdade de intervir, quando necessário, no outro poder. Assim, por exemplo, "se em um Estado livre o poder legislativo não deve ter o direito de cercear o poder executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que modo as leis que ele promulgou foram executadas" (p. 171).

apesar da colocação do Judiciário como um "poder nulo", concluiu o capítulo 6 do Livro XI sem apontar o grau de liberdade que cada um dos poderes pode gozar[92].

Em verdade, não é possível conceber o Judiciário como um "poder invisível", ainda mais quando lhe é incumbido o exercício da jurisdição constitucional, ou seja, a atividade de intérprete para o fim de garantir a efetividade das normas constitucionais, inclusive mediante a verificação da conformidade das leis e atos normativos em face da Constituição, especialmente porque as normas constitucionais (decisões relativas aos elementos fundamentais do Estado) possuem uma maior dimensão política que as normas infraconstitucionais.

Por oportuno, registre-se sobre o assunto que, na lição de Paulo Bonavides, o Direito Constitucional possui uma dimensão política "que não só o distingue das demais matérias do conhecimento jurídico, como faz impossível sua neutralidade ou alheamento diante das crises que envolvem o Estado, a sociedade e a Nação"[93].

Essa dimensão política das normas de natureza constitucional e o alto grau de abstração que, em consequência, possuem não impedem a aplicabilidade da Constituição. Por conseguinte, a atividade de interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais (jurisdição constitucional) implica a existência de uma forte ligação entre Direito e Política, pois, conforme já afirmado, seguindo o pensamento kelseniano[94], a política é elemento integrante do exercício da jurisdição.

Em estudo sobre a relação entre direito e política, Luis Roberto Barroso explica que, "mesmo nos casos de controle de constitucionalidade em tese – isto é, de discussão acerca da validade abstrata de uma lei –, o Judiciário estaria fazendo prevalecer a vontade superior da Constituição sobre a decisão política majoritária do Legislativo". O referido autor conclui que:

> Direito é, certamente, diferente da política. Mas não é possível ignorar que a linha divisória entre ambos, que existe inquestionavelmente, nem sempre é nítida, e certamente não é fixa. Do ponto de vista da teoria jurídica, tem escassa adesão, nos dias que correm, a crença de que as normas jurídicas tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo

[92] MONTESQUIEU, Charles de. **Do espírito das leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 172 e 195.
[93] BONAVIDES, Paulo. **O direito constitucional e o momento político**. Revista de informação legislativa, v. 21, n. 81, jan./mar., 1984, p. 217. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181508>. Acesso em: 08/07/15.
[94] KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2ª ed. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 241-266.

> preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. Há praticamente consenso, na doutrina contemporânea, de que a interpretação e aplicação do Direito envolvem elementos cognitivos e volitivos. Do ponto de vista funcional, é bem de ver que esse papel de intérprete final e definitivo, em caso de controvérsia, é desempenhado por juízes e tribunais. De modo que o Poder Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal, desfruta de uma posição de primazia na determinação do sentido e do alcance da Constituição e das leis, pois cabe-lhe dar a palavra final, que vinculará os demais Poderes. Essa supremacia judicial quanto à determinação do que é o Direito envolve, por evidente, o exercício de um poder político, com todas as suas implicações para a legitimidade democrática. (...)
>
> Em suma: o Direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para a subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais. Essa autonomia, todavia, será sempre relativa. Reconhecer este fato não envolve qualquer capitulação, mas antes dá transparência a uma relação complexa, na qual não pode haver hegemonia nem de um nem de outro. A razão pública e a vontade popular – o Direito e a política, se possível com maiúscula – são os dois pólos do eixo em torno do qual o constitucionalismo democrático executa seu movimento de rotação. Dependendo do ponto de observação de cada um, às vezes será noite, às vezes será dia.
>
> Nas democracias constitucionais contemporâneas, as cortes supremas desempenham dois grandes papéis: contramajoritário e representativo. Elas exercem o papel contramajoritário, em nome da Constituição, invalidam atos do Legislativo e do Executivo. Já o papel representativo é exercido quando o Tribunal, sempre dentro dos limites e possibilidades da interpretação constitucional, atende demandas sociais não satisfeitas a tempo e a hora pelos outros Poderes. Tal atuação somente se legitima mediante a demonstração da justiça e racionalidade de sua decisão, bem como que ela corresponde a uma efetiva necessidade social[95].

A interpretação e aplicação da Constituição representa tarefa ainda mais interligada à política a partir da "concepção moderna sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais", segundo a qual "não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada"[96].

Ademais, atualmente, não se mostra plausível afirmar que há um rígido monopólio da lei pelo Poder Legislativo. Nesse sentido, Raul Machado Horta realizou uma pesquisa envolvendo diversos sistemas jurídicos contemporâneos e constatou que houve o

[95] BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição constitucional**: a tênue fronteira entre o direito e a política. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 09/07/15.

[96] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 81-82. O autor apresenta uma classificação tripartite quanto à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais: a) normas de eficácia plena: possuem aplicabilidade direta, imediata e integral, são aquelas que desde a sua entrada em vigor produzem ou podem produzir todos os efeitos essenciais; b) normas de eficácia contida: possuem aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não-integral; c) normas de eficácia limitada ou reduzida: têm aplicabilidade mediata ou reduzida, pois dependem de norma infraconstitucional para produzir efeito, e podem ser subdivididas em declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípios programáticos (p. 82-128).

"deslocamento da atividade legislativa para o governo, através do decreto-lei, da legislação delegada, dos *provvedimenti provvisori* e das medidas provisórias"[97].

É possível também afirmar que, em certa medida, o Tribunal Superior, ao exercer o controle abstrato, atua como um legislador negativo. Nesse sentido, Ivo Dantas afirma que, "em se tratando de controle abstrato ou em tese, a Constituição Federal conferiu ao STF uma espécie de legislador negativo, o que não ocorrerá quando se tratar de controle incidental, quando seu pronunciamento caracteriza-se como atividade judicial"[98]. De todo modo, o STF constitui órgão de natureza jurídica.

O modelo contemporâneo mais representativo do controle da constitucionalidade por órgão de natureza política é o vigente na França. Essa natureza do *Conseil Constitutionnel* decorre da escolha e do status dos membros que dele fazem parte, bem como das suas competências. Essa atribuição de natureza política ao referido Conselho não é matéria pacífica na doutrina. Importante destacar algumas características no funcionamento do Conselho: a presença dos antigos presidentes da república na sua composição; o controle prévio da constitucionalidade das leis orgânicas e dos regulamentos das assembleias parlamentares; a impossibilidade de ser promulgada ou aplicada uma disposição declarada inconstitucional; as suas decisões são irrecorríveis (sobre esse ponto alegam alguns a natureza jurisdicional)[99].

Todos esses apontamentos sobre a natureza política das normas constitucionais, do exercício de interpretação e aplicação da Constituição e dos próprios órgãos encarregados de realizar o controle de constitucionalidade conduzem ao entendimento no sentido de que não se pode conceber uma rígida divisão de funções dos poderes constituídos ao ponto de impossibilitar a atuação do órgão incumbido de exercer a guarda da Constituição, especialmente no caso de ineficácia das normas constitucionais decorrente de omissão reiterada e desarrazoada de outros poderes, o que também não indica a desnecessidade de imposição de limites à jurisdição constitucional.

Sobre o assunto, Ricardo Ribeiro aponta que "o Princípio da Separação de Poderes não rejeita, de pronto, atividade de regulamentação subsidiária por parte dos

---

[97] HORTA, Raul Machado. Poder legislativo e monopólio da lei no mundo contemporâneo. **Revista de informação legislativa**, v. 31, n. 123, jul./set., 1994, p. 158. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176244>. Acesso em: 08/07/15.
[98] DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição**. 3ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 158.
[99] DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição**. 3ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 62.

Tribunais", porque se trata de um princípio que não possui um significado tangível, passível de manipulação ideológica[100].

Jorge Hage entende que, diante do dever de legislar do legislador ordinário, existe o correspondente direito subjetivo à emissão de normas pertencente ao cidadão. Afirma que caminhamos para o "Estado de Jurisdição Constitucional", em que prevalecem as ideias de crise da lei e de superação da teoria da separação de poderes, de modo que o papel do Judiciário passa por profunda alteração. O atual contexto da sociedade moderna, em que o pluralismo possibilita a mitigação da lei no ato de sua aplicação, fez crescer em importância o papel do Poder Judiciário, o qual não atua apenas com base na lei, mas também na argumentação, na razoabilidade e na proporcionalidade, indicando que não existe o monopólio do Legislativo na formulação das regras de direito. Assim, a inércia do legislador no seu dever de legislar indica que o poder omisso não quis limitar o âmbito de escolhas do Judiciário, até porque o juiz não pode deixar de decidir alegando ausência de lei[101].

Para o referido autor, o atual contexto da judicialização da própria política exige que o Judiciário tome, cada vez mais, decisões fundamentadas não em regras emanadas do legislador, mas sim alicerçadas em diretrizes políticas ou em princípios jurídicos. Afirma que a reserva legal estrita apenas vigora em áreas que exigem maior segurança, como no Direito Penal e no Direito Tributário, salientando que esse enfraquecimento da reserva legal também decorreu do esmaecimento do 'mito' da representatividade parlamentar, nos moldes dos ideais legislativos da era das codificações[102].

Vanice Lírio do Valle, após explicar que o princípio do equilíbrio e harmonia entre os poderes costuma ser apresentado como óbice às soluções mais efetivas do problema da omissão legislativa, observa que, em verdade, esse entendimento "é uma absoluta subversão do princípio, posto que o que se tem em concreto é um poder fazendo prevalecer sobre os outros", ou seja, "traduz a afirmação do desequilíbrio total, em favor do legislativo, que, na hipótese, descumpre a Constituição". Ao analisar o posicionamento do STF no julgamento dos MI 670, 708 e 712, verifica que a efetividade dos direitos fundamentais através do instrumento da injunção deve prevalecer em relação à suposta ofensa

[100] RIBEIRO, Ricardo Silveira. **Omissões normativas**. Niterói, RJ: Impetus, 2003, p. 139-140.
[101] HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**: uma apreciação da jurisprudência do STF sobre o mandado de injunção, à luz da doutrina contemporânea. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 69-72 e 88-89.
[102] HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**: uma apreciação da jurisprudência do STF sobre o mandado de injunção, à luz da doutrina contemporânea. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 104-105.

ao princípio da separação de poderes, mesmo que seja necessário o exercício pelo STF de função normativa[103].

No mesmo sentido, Mariana Kowalski Furlan entende que a efetividade da Constituição, mediante o mandado de injunção, não implica ofensa ao princípio da separação de poderes, ao afirmar que:

> Entretanto, tem-se que ao Poder Judiciário não é dado legislar em caráter substitutivo ao Poder Legislativo, mas apenas tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais no caso concreto. Assim, ao Poder Judiciário não cabe a elaboração de normas gerais e abstratas.
> Ademais, o princípio da separação dos poderes deve ser entendido como sistema de "freios e contrapesos", na medida em que um poder é fiscalizado e controlado por outro. (...)
> Nesse passo, tem-se que através do mandado de injunção o Poder Judiciário fiscaliza e controla a omissão do Poder Legislativo. Então, a partir do princípio da supremacia da Constituição conjugado com o princípio do controle mútuo entre os poderes, dá-se efetividade ao disposto na Constituição através do mandado de injunção.(...)
> O princípio da separação dos poderes deve ser entendido, na ótica de um Estado Democrático de Direito, como colaboração entre os poderes com o fim de se preservar a supremacia das normas constitucionais, dando-lhes efetividade conforme propugna a Carta Constitucional[104].

Sobre o assunto, pertinente a observação do ilustre J. J. Gomes Canotilho no sentido de que "o instituto da inconstitucionalidade por omissão deve manter-se, não para deslegitimar governos ou assembleias inertes, mas para assegurar uma via de publicidade crítica e processual contra a Constituição não cumprida"[105].

Essa breve base teórica acerca do princípio da separação de poderes pode indicar a ausência de legitimidade do Judiciário para atribuir eficácia *erga omnes* em mandado de injunção, porque essa sua postura implica atuação do Poder Judiciário como legislador paralelo, já que supre a omissão normativa por meio da criação de normas gerais e abstratas (ou determinação de aplicação analógica de outra norma), o que pode ser compreendido como usurpação da tarefa incumbida ao Poder Legislativo. Por outro lado, as modernas concepções sobre a teoria da separação de poderes, por priorizarem a efetividade das normas constitucionais, consideram legítima a possibilidade de o Judiciário viabilizar o exercício do direito carente de regulamentação, ainda que mediante uma atuação de legislador

---

[103] VALLE, Vanice Lírio do. Constituição e a fênix: o controle da omissão legislativa renasce das cinzas na proteção aos direitos fundamentais. **A&C Revista de direito administrativo e constitucional**. Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jan./mar., 2009, p. 41- 43 e 54.

[104] FURLAN, Mariana Kowalski. **Omissão legislativa inconstitucional e mecanismos de garantia**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=25>. Acesso em: 08/07/15.

[105] CANOTILHO, J. J. Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo: **Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional**, n. 15, abr./jun., 1996, p. 13-14.

paralelo, mas, ainda assim, persistem as críticas quanto à atribuição de eficácia geral, por ausência de previsão constitucional.

2.3 A ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA *ERGA OMNES* EM MANDADO DE INJUNÇÃO PELO JUDICIÁRIO: OFENSA AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO?

O Estado é poder constituído por três elementos integrativos que se agrupam sob dois aspectos: o aspecto material que engloba o elemento humano, mais precisamente a população, e o elemento físico, tido sob a denominação de território; e o aspecto formal que é representado pelo elemento diretor, ou seja, corresponde ao governo como órgão de autoridade que comanda o Estado e que possui poder de coação. O poder de coação desse último elemento se justifica pela vontade soberana da população, dentro de uma determinada localização, vale dizer, pela soberania que é a força geradora e justificadora do governo[106].

As formas de governo, no clássico pensamento de Aristóteles apontado no Capítulo V do Livro 3 de sua obra "Política", são divididas em: a) "formas puras" de governo (governo para o bem geral), as quais se subdividem em monarquia (governo de um só), aristocracia (governo de poucos ou dos melhores) e democracia (governo do povo); b) "formas impuras" de governo (governo para o bem individual ou de um grupo), que correspondem a tirania (governo de um só para o seu interesse ou de um grupo familiar), a oligarquia (governo de poucos para seu interesse ou de um grupo social) ou a demagogia ou politéia (governo exercido pela maioria para oprimir a minoria)[107]. Importante destacar que a teoria moderna das formas de governo, estudada por Maquiavel, aponta que essencialmente apenas a monarquia (o principado) e a república são formas de governo[108].

---

[106] MENEZES, Anderson de. **Teoria geral do Estado.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 131-144.

[107] ARISTÓTELES. **Política**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000426.pdf>. Acesso em: 03/07/15. Segundo o autor, "las desviaciones de estos gobiernos son: la tiranía, que lo es del reinado; la oligarquía, que lo es de la aristocracia; la demagogia, que lo es de la república" (p. 44).

[108] MAQUIAVEL. **O príncipe**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000052.pdf>. Acesso em: 03/07/15. No capítulo V, intitulado "De que modo se devam governar as cidades ou principados que, antes de serem ocupados, viviam com as suas próprias leis", Maquiavel apresenta a República como a forma de governo oposta ao principado, afirmar que "quando as cidades ou as províncias estão acostumadas a viver sob um príncipe, extinta a dinastia, sendo de um lado afeitas a obedecer e de outro não tendo o príncipe antigo, dificilmente chegam a acordo para escolha de um outro príncipe, não sabem, enfim, viver em liberdade: dessa forma, são mais lerdas para tomar das armas e, com maior facilidade, pode um príncipe vencê-las e delas apoderar-se. Contudo, nas repúblicas há mais

Atualmente, a democracia corresponde ao modo de aquisição e exercício do poder[109]. Contudo, cumpre destacar que a ideia de soberania, a qual tem estreita relação com a democracia, conforme lições de Luigi Ferrajoli, está em declínio, pois não indica sujeição do poder pela lei e é incompatível com as declarações internacionais de direitos, de modo que apresenta uma antinomia no plano do direito interno, considerando que "a soberania está em contraste com o paradigma do estado de direito e da sujeição de qualquer poder à lei", bem como uma antinomia no plano do direito internacional, porque é "contrariada pelas cartas constitucionais internacionais e, em particular, pela Carta da ONU de 1945 e pela Declaração universal dos direitos de 1948"[110].

Sobre esse enfraquecimento da ideia democracia, Montesquieu explica que o povo não é apto para discutir as questões públicas, "fato que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia". Porém, mediante seus representantes, o povo pode discutir tais questões, pode exercer o poder legislativo, por isso todos os cidadãos "devem ter direito a dar seu voto para escolher o representante"[111]. Apesar de muitos considerarem utópica a democracia, porque o povo seria incapaz de exercer uma participação consciente, Dalmo de Abreu Dallari, numa perspectiva otimista, afirma que o "Estado Democrático é um ideal possível de ser atingido", desde que sejam adequadamente concebidos os seus valores, mediante a eliminação da rigidez formal da noção de democracia (a democracia deve atender à concepção de valores fundamentais variáveis de povo para povo e de época para época), a consagração da supremacia da vontade do povo e a preservação da liberdade e da igualdade[112].

Ao apresentar uma definição mínima de democracia, Norberto Bobbio explica que não basta apenas a atribuição a um número elevado de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas nem a existência de regras de procedimento como a da maioria (ou, no limite, da unanimidade), sendo necessário que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder selecionar entre uma e outra, mediante a

---

vida, mais ódio, mais desejo de vingança; não deixam nem podem deixar esmaecer a lembrança da antiga liberdade: assim, o caminho mais seguro é destruí-las ou habitá-las pessoalmente" (p. 19-20).

[109] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho, Elsevier, 2004, apresentação Celso Lafer.

[110] FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado Nacional. Tradução de Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho e Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 1-4.

[111] MONTESQUIEU, Charles de. **Do espírito das leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 168.

[112] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012, 31ª ed., p. 302-305.

garantia dos direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc[113].

Apresentando também uma perspectiva crítica ao conceito clássico de democracia, a teoria Schumpeteriana sobre o conceito de democracia e de prática partidária aponta "a democracia como a luta pelos votos, negando subsequentemente a importância do conceito clássico de soberania popular". Após analisar a referida teoria, Nuno Miguel Miranda Ferreira finaliza seus estudos destacando a necessidade de abordagem da democracia mediante a observação dos seguintes pressupostos:

> 1. Não existe o chamado bem comum, isso pelo simples facto de que, para indivíduos, grupos e classes diferentes, o bem comum significa coisas diferentes;
> 2. O chamado governo pelo Povo é uma ficção: o que existe, na realidade, ou pode existir, é o governo do povo;
> 3. O governo é exercido por elites políticas;
> 4. Essas elites competem no mercado político pela preferência dos eleitores;
> 5. A concorrência no mercado político, tal como no mercado económico, é imperfeita, isto é, oligopólica;
> 6. Os partidos políticos e eleitores actuam no mercado político de maneira semelhante á actuação das empresas e consumidores no mercado económico;
> 7. O voto é a moeda através da qual o eleitor compra os bens políticos oferecidos pelos partidos;
> 8. A soberania popular, embora não seja nula, é reduzida, visto que são as elites políticas que propõem os candidatos e as alternativas a serem escolhidas pelo eleitor;
> 9. O objectivo primordial dos partidos políticos é conquistar e manter o poder. A realização do bem comum é um meio para atingir este objectivo;
> 10. A necessidade de maximizar votos impede que os partidos e os políticos sirvam exclusivamente os seus interesses de grupo ou de classe. Como diz Bobbio, os controladores são controlados[114].

Essa breve noção de democracia apresenta-se pertinente para este estudo, pois, se no passado havia a discussão já mencionada sobre quem seria o guardião da Constituição, atualmente, em verdade, o que se discute é a forma como vem sendo exercido o controle de constitucionalidade, a sua relação com o princípio da soberania do povo e a eventual necessidade de imposição de limites ao seu exercício. De um lado, há a corrente que defende a imposição de limites à jurisdição; de outro, existem os defensores da legitimidade da expansão da judicialização da política[115].

A legitimidade da jurisdição constitucional decorreria da circunstância de os tribunais funcionarem para efetivar o modelo de Estado Democrático de Direito, apesar da

---

[113] BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia**. Trad. de José F. Fernández Santillán. 2ª ed., México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 26.
[114] FERREIRA, Nuno Miguel Miranda. **O conceito de democracia segundo Joseph Schumpeter**. Disponível em: <http://empreende.org.br/pdf/Democracia%20e%20Participa%C3%A7%C3%A3o/O%20conceito%20de%20democracia%20segundo%20Joseph%20Schumpeter.pdf >. Acesso em: 10/07/15.
[115] MARQUES, Antônio Silveira. **Jurisdição constitucional e soberania do povo**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp113012.pdf>. Acesso em: 04/07/15, p. 62.

natureza normativa das decisões dos tribunais constitucionais, considerando que os tribunais exercem um papel contramajoritário, pois, embora seus membros não sejam eleitos democraticamente, a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária, alcançando também a noção de participação, tolerância e liberdade[116].

Verifica-se que o debate sobre a possibilidade de realização do controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos normativos remete à questão da soberania do povo. Essa problemática do caráter contramajoritário dos tribunais foi objeto de profundo estudo por Jürgen Habermas e Ronald Dworkin, os quais merecem ser mencionados.

Habermas critica a jurisdição constitucional em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça, verificando a existência de uma disputa diante do princípio da separação de poderes. Salienta que "a lógica da divisão dos poderes não pode ser ferida pela prática de um tribunal que não possui os meios de coerção para impor suas decisões contra uma recusa do parlamento e do governo" e que "a concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato de normas". Entende que "o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador", sugerindo que essa função deve ser exercida mediante um autocontrole do legislador[117].

Habermas critica a jurisprudência constitucional orientada por valores (jurisprudência de valores) invocando o problema da legitimidade, porque "implica um tipo de concretização de normas que coloca jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente", o que pode levar o tribunal constitucional a se transformar numa instância autoritária. Explica que os valores não possuem a mesma função e a mesma estrutura das regras e dos princípios, ao afirmar que:

> Normas e valores possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários[118].

Por outro lado, Ronald Dworkin defende a existência de compatibilidade entre o exercício da jurisdição constitucional e o princípio da soberania do povo. Explica que

[116] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 107. O autor defende a expansão da criatividade judiciária nas sociedades modernas.
[117] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 300-301.
[118] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 320-321.

"a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica", porque "as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada"[119], o que não ocorre com os princípios, os quais "possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância", dimensão que permite um juízo de ponderação. Assim, "se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida"[120].

Dworkin critica a teoria dos casos difíceis do positivismo jurídico, segundo a qual o juiz tem o poder discricionário de decidir de uma ou outra maneira nos "casos difíceis", afirmando que tal teoria permite que o juiz legisle novos direitos jurídicos (*new legal rights*), aplicando-os retroativamente ao caso em questão. Aduz que "o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente"[121].

Em sua teoria da decisão judicial, Dworkin argumenta que os juízes não são legisladores, porque julgam com base em argumentos de princípios, não com base em argumentos de política, salientando que:

> Na verdade, porém, os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas. Este pressuposto não leva em consideração a importância de uma distinção fundamental na teoria política que agora introduzirei de modo sumário. Refiro-me à distinção entre argumentos de princípio, por um lado, e argumentos de política (*policy*), por outro.
> Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. (...). Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou e um grupo (...).
> Não obstante, defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis como o da Spartan Steel, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípio, e não por políticas[122].

Explica que a ideia de subordinação da decisão judicial à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial: a noção de democracia, que impediria o juiz de criar leis por não ser eleito, e a questão de impossibilidade de aplicação retroativa de lei criada pelo juiz. Afirma que a fundamentação de uma decisão de um caso difícil com base

---

[119] O conflito entre regras não dependeria do caso concreto, sendo verificado em abstrato, e implicaria a declaração de invalidade de outra regra (plano da validade), o que levaria à ideia do tudo ou nada. Nessa moderna concepção de Dworkin, diferentemente da tradicional, os princípios podem ser afastados no caso concreto, por meio da ponderação, daí se falar em relativização dos princípios, enquanto as regras conflitantes implicam o afastamento de uma delas com a declaração de invalidade, ou seja, seguem o esquema do "tudo ou nada".

[120] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-42.

[121] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127.

[122] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129 e 132.

em princípio, não em argumentos políticos, não ofende o princípio democrático, pois "um juiz que não é pressionado pelas demandas da maioria política, que gostaria de ver seus interesses protegidos pelo direito", encontra-se "em uma melhor posição para avaliar o argumento"[123].

A análise da relação entre jurisdição constitucional e democracia, assim como entre controle de constitucionalidade e separação de poderes, portanto, envolve a noção da interpretação judicial das normas emitidas pelo legislador. Assim, importante registrar que a noção de "tudo ou nada" de Dworkin já é considerada como superada, diante da ideia de "superabilidade das regras" apontada por Humberto Ávila, o qual explica que "as regras não devem ser obedecidas somente por serem regras e serem editadas por uma autoridade", pois também envolvem valores, não são normas de segunda categoria e carecem de ponderação. "As regras, em geral, não são absolutas, mas também não são superáveis com facilidade". Para a superação das regras há condições necessárias: a) os requisitos materiais (ou de conteúdo), pois a superação não pode prejudicar a concretização dos valores inerentes à regra; b) os requisitos procedimentais (ou de forma), de modo que a superação de uma regra deverá ter uma "justificativa condizente", uma "fundamentação condizente" e uma "comprovação condizente"[124].

Toda essa abordagem teórica indica que o magistrado, ao julgar o caso concreto, faz uso não apenas de regras positivadas como também de princípios, os quais possuem maior grau de abstração, ampliam o leque de interpretação e exigem mais esforço argumentativo, consequências que podem ser visualizadas como uma espécie de outorga do poder político em favor do julgador.

Apesar de todo esse debate sobre a legitimidade do Judiciário para exercer a jurisdição constitucional, em razão de possível ofensa ao princípio democrático, importante registrar que é possível questionar a própria legitimidade do sistema democrático, problema objeto de estudo de Friedrich Müller na obra "Quem é o povo? A questão fundamental da democracia".

Müller inicia o referido trabalho indagando "Por que as Constituições falam de 'povo'?", mencionando que os Estados democráticos "se justificam afirmando que em última instância o povo estaria governando". Porém destaca que entre o tipo de legitimidade

[123] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127.
[124] ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 112-120. Para o autor, as normas jurídicas são derrotadas, normalmente, nos chamados casos difíceis.

de uma democracia popular (forma de governo tida como 'um povo de deuses', segundo Rousseau) e o tipo de legitimidade de uma democracia formal burguesa (que a cada quatro anos atrai às urnas um número cada vez menor de cidadãos), há "o largo pedestal de operações legitimatórias de uma democracia levada a sério, que reside no cumprimento das pretensões do '*status negativus*' e do '*status positivus*' do povo-destinatário, de toda a população[125].

Nos Estados constitucionais, segundo Müller, "o povo tem mais raramente a função de ícone de uma legitimidade ilusória", ou seja, "em sistemas democráticos a dominação real tanto é derivada por meio de múltiplas mediações e diluições 'do povo', no âmbito do discurso de dominação e em termos de texto e de procedimentos – precisamente por intermédio de um ordenamento constitucional e jurídico". Isso significa que "a dominação nunca é exercida pelo povo", que "o povo continua servindo para o fim de prover de legitimidade até pelo fato de ser ele dominado", que "na verdade o povo ainda está por ser criado"[126].

Nesse contexto, o mandado de injunção representa uma garantia constitucional que objetiva defender a eficácia de direito fundamental sempre que a omissão do legislador impedir o seu exercício. André Vicente Pires Rosa ensina que a criação desse instituto está fortemente relacionada com as deficiências de comunicação entre a vontade do povo e a atuação do legislador, constituindo, de um lado, o resultado jurídico de um passado pouco democrático e, de outro, o fortalecimento no presente e no futuro da própria democracia, mediante a atribuição de eficácia aos direitos constitucionais. Dessa forma, pretende-se resolver um problema que tem natureza política através de um instrumento jurídico[127].

Assim, evidente que a problemática dos efeitos do mandado de injunção, especialmente da possibilidade de eficácia *erga omnes*, reforça o debate sobre a relação entre jurisdição constitucional e democracia e, consequentemente, sobre o problema da regra contramajoritária.

---

[125] MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** - A Questão Fundamental da Democracia. Tradução de Peter Naumann. Revisão de Paulo Bonavides. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003, p. 47 e 110.
[126] MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** - A Questão Fundamental da Democracia. Tradução de Peter Naumann. Revisão de Paulo Bonavides. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003, p. 118 a 123.
[127] ROSA, André Vicente Pires. **Las omisiones legislativas y su control constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 379.

Sobre a relação entre constitucionalismo e democracia, afirma Maria Lúcia Leiria que:

> A fiscalização da constitucionalidade das leis, as quais refletem, em princípio, a vontade do povo, uma vez elaboradas e aprovadas pela maioria dos parlamentares que elegeram para lhes representar, traz à tona a questão dos limites da forma desse controle ao se verificar uma crescente politização do Judiciário. A regra contramajoritária constitui, justamente, um freio às vontades de maiorias eventuais, que, em confronto com a Constituição, usurpam os poderes confiados pela sociedade. Tal é a tese *substantivista* ou *materialista*, segundo a qual o papel exercido pela jurisdição constitucional reforça a relação Constituição-democracia. No entanto, em oposição aos adeptos das teorias materiais-substanciais, vêm as *processuais-procedimentais*, as quais consideram que a regra contramajoritária enfraquece a democracia, pois não haveria legitimidade na justiça constitucional, uma vez que, no momento do controle, não estaria presente a opinião do povo[128].

Com efeito, a despeito de questionamentos acerca de sua legitimidade, a jurisdição constitucional desempenha papel importantíssimo para a legitimação do regime democrático. Deve-se entender que "a obtenção de um grau mais intenso de legitimação da jurisdição constitucional, indubitavelmente, é auferida pela concretização dos direitos fundamentais", de forma que, "com a finalidade de concretizar os direitos fundamentais, permite-se maior atuação das decisões do Supremo Tribunal Federal, exorbitando a clássica e retrógrada barreira construída pela separação dos três poderes"[129].

Gilmar Ferreira Mendes confirma que "é possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno". Muitas indagações sobre o assunto desafiam os juristas, como os questionamentos sobre qual a eficácia da decisão da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão e quais as consequências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão[130].

A tarefa do Poder Judiciário de sanar a omissão legislativa inconstitucional total é bastante complexa e os efeitos de sua decisão são ainda mais controvertidos, principalmente porque o legislador infraconstitucional ainda não se posicionou sobre o assunto. Assim, "o Supremo Tribunal Federal tem uma discricionariedade muito mais ampla e por isso sua decisão pode ser chamada mais facilmente de invasão nas funções do legislador",

---

[128] LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Jurisdição constitucional e democracia**: uma análise fenomenológica de manifestações decisórias em sede de controle difuso de constitucionalidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 42-43.

[129] AGRA, Walber de Moura. A legitimação da jurisdição constitucional pelos direitos fundamentais. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga; TAVARES, André Ramos (coords.). **Constitucionalismo**: os desafios no terceiro milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 514-515.

[130] MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei nº 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 356.

pois "ele possui o amplo poder de legislador, mas não tem a correspondente legitimidade democrática"[131].

Ives Granda Martins Filho aponta que o mandado de injunção, por atribuir poder legiferante aos Tribunais, não é uma experiência salutar, porque

> tal como proposto pela Constituição, afogaria os Tribunais num mar de ações de caráter legislativo, desviando o Judiciário de sua função existencial, para atirá-lo numa atividade supletiva para a qual carece de legitimidade. Além dos magistrados estarem despreparados para a tarefa legislativa, deixariam, para realizá-la, de atender a contento de sua atividade judiciária, numa inversão de funções absolutamente indesejáveis"[132].

Juliano Zaiden Benvindo afirma que o mandado de injunção deve objetivar "a defesa dos direitos e liberdades advindos da análise do caso concreto", a efetivação de direitos, não devendo ser utilizado para a concentração do debate constitucional, pois o STF, a despeito de ser uma instituição relevante para a consolidação de nossas práticas democráticas, não é a única e tampouco a mais racional[133].

O referido autor, ao indagar acerca do risco ao princípio da separação de poderes decorrente da eficácia *erga omnes* em mandado de injunção, por gerar polêmica oriunda da relação entre política e direito, verifica "que há um problema evidente de conflito entre poderes, de confusão entre justificação e adequação", o qual caminha "em direção ao enfraquecimento do sistema difuso de constitucionalidade"[134].

De fato, o mandado de injunção pode dar margem a uma certa judicialização da política, mas deve-se observar que essa atuação somente ocorre em razão de omissão do Legislativo ou Executivo. Não se trata intromissão indevida do Judiciário na seara alheia, mas, ao contrário, de garantia de que os cidadãos não sejam prejudicados pela inércia legislativa ou regulamentadora, pois basta o poder omisso cumprir sua função para afastar a intervenção do Judiciário. Ademais, "o mandado de injunção pode garantir que, neste ínterim,

---

[131] ROSA, André Vicente Pires. Mandado de Injunção sob a perspectiva do Projeto de Lei n. 6.128, de 2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (organizadores). **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 113.

[132] MARTINS FILHO, Ives Granda da Silva. **A legitimidade do direito positivo**: direito natural, democracia e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 289.

[133] BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de injunção em perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (organizadores). **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 277.

[134] BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de Injunção em perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (organizadores). **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 261 e 272-275.

ninguém deixará de usufruir o direito que a Constituição lhe outorgou. E a eficácia máxima do texto constitucional é prioridade inegociável no sistema democrático"[135].

Celso Agrícola Barbi já invocava razões jurídicas e políticas para impedir o controle da constitucionalidade da lei, como a separação e independência dos poderes e a ausência de representatividade popular do órgão controlador da constitucionalidade, mas também reconhecia argumentos favoráveis ao referido controle, como a subordinação do legislador à Constituição[136].

Sobre o assunto, salienta Jorge Miranda que, em termos jurídicos, a legitimidade de um Tribunal Constitucional ou órgão homólogo não é maior ou menor que a dos órgãos políticos, porque decorre da Constituição e, "se esta deriva de um poder constituinte democrático, então ela há de ser, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática"[137].

Opinando em sentido diverso, Carlos Alberto Navarro Perez explica que, motivadas pela deficiência legislativa, algumas decisões do Poder Judiciário brasileiro, como as proferidas nos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712, são eivadas da ideologia ativista e apresentam-se inconstitucionais, porque representam ofensa à separação de poderes e à própria democracia[138].

Apesar da divergência doutrinária em relação à ofensa ou não da separação de poderes e da democracia diante da atuação do Judiciário por meio do mandado de injunção, existe um forte posicionamento no sentido de que deve prevalecer a eficácia das normas constitucionais, nos limites impostos pela própria Constituição. Desse modo, a edição de súmula vinculante se apresentaria como mecanismo legítimo para a ampliação da eficácia em mandado de injunção, porque representa instrumento previsto expressamente no texto constitucional.

---

[135] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 33ª ed. de acordo com a Lei n. 12.016/2009 com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 340.

[136] BARBI, Celso Agrícola. **Ação declaratória principal e incidente**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 24.

[137] MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 508.

[138] PEREZ, Carlos Alberto Navarro. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo a desserviço da democracia. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, ano 20, vol. 78, jan./mar., 2012, p. 147.

2.4 A EDIÇÃO DE SÚMULA VINCULANTE COMO POSSÍVEL MECANISMO LEGÍTIMO PARA A AMPLIAÇÃO DA EFICÁCIA EM MANDADO DE INJUNÇÃO

É sabido que o mandado de injunção representa remédio constitucional por meio do qual o lesado, no âmbito do controle concreto, realiza o controle das omissões inconstitucionais, ao mesmo tempo em que pretende seja viabilizado o exercício do direito carente de regulamentação. Trata-se de mais instrumento vinculado ao controle concreto de constitucionalidade.

O nosso ordenamento adotou o sistema misto de controle de constitucionalidade, pois vigora tanto o controle concreto quanto o abstrato. Foi inserido o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade difuso e incidental, apesar de não possuirmos a mesma tradição americana de vinculação dos precedentes (*common law*), de forma que as demais instâncias não estão vinculadas à decisão do STF no controle difuso.

Na tradição norte-americana, a desconsideração do precedente (*stare decisis*) exige uma argumentação qualificada: a) "demonstrando que o precedente se formou equivocadamente, ou que não goza mais de congruência social e/ou consistência sistêmica (*overruling*)"; b) ou "demonstrando que no caso em julgamento há fatos relevantes que o distancia do caso em que se firmou o precedente (*distinguishing*)"[139].

Inexistindo essa regra de vinculação dos precedentes no nosso sistema, a Constituição de 1934 introduziu regra semelhante ao atual art. 52, X, da CF/88 como forma de eliminar essa disfunção, ou seja, foi conferida a possibilidade de o Senado Federal suspender o dispositivo declarado inconstitucional pelo STF no âmbito do controle difuso, a fim de conferir eficácia *erga omnes* às referidas decisões da Corte[140]. Contudo, o Senado nunca exerceu esse papel e as decisões do STF no modelo difuso sempre mantiveram eficácia *inter partes*.

A súmula vinculante foi inserida no nosso ordenamento por meio da reforma constitucional perpetrada pela EC 45/04, diante da diversidade de entendimentos dos órgãos do Judiciário acerca da constitucionalidade de determinada lei, considerando que,

---

[139] ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. **Revista de processo**. São Paulo, ano 39, vol. 229, mar., 2014, p. 389.

[140] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 2ª ed., p. 438-441.

mesmo após pronunciamento do STF no âmbito do controle difuso, os órgãos inferiores continuavam a proferir decisões em sentido diametralmente oposto ao posicionamento da Corte, já que as decisões desta não possuem força vinculante. Além do problema da segurança jurídica, a súmula vinculante solucionaria a questão da multiplicidade de processos, porém, por outro lado, surgiria a preocupação com a criação de juízes legisladores, com a supressão do duplo grau de jurisdição, com a eliminação da independência dos julgadores e com o aumento no déficit de legitimidade do Judiciário[141].

A súmula vinculante está prevista no art. 103-A da CF/88 e representa instrumento por meio do qual, o Supremo Tribunal Federal pode, de ofício ou por provocação dos legitimados previstos no art. 3º da Lei nº 11.417/06, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Assim, a edição de súmula vinculante pode ser verificada como possível mecanismo legítimo para a ampliação da eficácia em mandado de injunção, considerando que representa instrumento criado pelo poder constituinte de reforma que prevê a possibilidade de o STF atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante inclusive às decisões proferidas no âmbito do controle concreto.

Conforme já mencionado, os principais argumentos dos defensores da alegada ausência de legitimidade do Judiciário para atribuir eficácia *erga omnes* à decisão proferida em mandado de injunção reside no possível desrespeito ao princípio da separação de poderes e à própria democracia. Contudo, restou institucionalizado pelo poder de reforma, através da previsão da súmula vinculante, a possibilidade do STF editar enunciado, com eficácia geral e efeito vinculante, que resume uma tese firmada pela Corte em reiteradas decisões.

Desse modo, seguindo os parâmetros firmados expressamente no texto constitucional, o STF, apesar de não possuir representatividade popular, pode editar súmula vinculante em relação a determinado assunto com entendimento firmado após reiteradas decisões proferidas em mandado de injunção.

---

[141] SOUZA, Léa Émile Maciel Jorge de. A objetivação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal no controle concreto de constitucionalidade. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 20, vol. 81, out./dez., 2012, p. 15.

Nesse sentido, importante destacar que, no julgamento proferido nos autos do Mandado de Injunção coletivo nº 670, consoante já dito, os Ministros tentaram afastar ou justificar a legitimidade do STF.

Afastando a legitimidade do STF, o Ministro Relator Maurício Corrêa entendeu que a garantia do direito de greve ao impetrante ou a fixação de prazo para o Poder omisso suprir a omissão representaria ofensa à separação de poderes. Por sua vez, o Ministro Ricardo Lewandowski ressaltou que a determinação de eficácia *erga omnes* em mandado de injunção representa invasão de competência exclusiva dos representantes da soberania popular.

Por outro lado, justificando a legitimidade da Corte, o Ministro Gilmar Mendes salientou que, apesar de entender que o Tribunal não deve assumir um protagonismo legislativo, "a não atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de omissão judicial". Já o Ministro Celso de Mello afirmou que a Constituição estabelece ordens normativas cuja eficácia não pode ser afetada pela voluntária inação das instituições estatais. No mesmo sentido, o Ministro Sepúlveda Pertence registrou que o STF possui o papel de "acicatar aos poderes políticos para o dever de dar efetividade à Constituição". Durante os debates sobre a legitimidade da Corte, os Ministros Sepúlveda Pertence, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Carlos Britto destacaram que o trabalho de legislar é muito difícil.

Ainda durante o julgamento do referido mandado de injunção, os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa salientaram a necessidade de edição de súmula vinculante para a atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão. O Ministro Joaquim Barbosa destacou o seguinte:

> Vê-se que a Corte enfrentou o problema aos poucos, como se tateasse os limites de sua própria legitimidade nessa zona cinzenta da delicada relação entre os poderes da União.
> Dos precedentes da Corte já bastante citados, extraio não apenas a ampliação progressiva do escopo do mandado de injunção, mas, principalmente, o cuidado com que o Supremo Tribunal Federal sempre enfrentou o risco de extrapolar seus poderes.
> Acredito que, neste caso, o Tribunal está mantendo esse cuidado, e compartilho das preocupações dos colegas. Adianto, assim, que concordo com muito do que já se disse neste plenário sobre a questão.
> (...)
> Mas tenho reservas sobre a natureza objetiva que se quer conferir ao mandado de injunção. Nesse sentido, ponho-me de acordo com as restrições manifestadas pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Carmen Lúcia, por exemplo. Mas não se pode negar que os efeitos se repetirão. Nos termos em que se forma a maioria, o resultado prático de negar-se o efeito *erga omnes* é que a Corte repetirá o julgamento, apenas

> para afirmar em diversas oportunidades o mesmo que afirmou nessas últimas sessões. Mas, por outro lado, essa constatação prática não me parece suficiente para alterar a natureza do mandado de injunção, que é via vinculada ao interesse. Talvez fosse o caso, para resolver uma parte desse problema de repetição de feitos, já que não há dúvidas sobre a omissão legislativa, de editar-se uma súmula vinculante sobre a matéria, do seguinte teor:
> "Ofende o direito constitucional de greve dos servidores públicos decisão judicial que julgue ilegal a greve e que tenha por único fundamento a inexistência de lei específica a que se refere o art. 37, VII, da Constituição Federal".

Contudo, mesmo sem ter sido editada súmula vinculante, a ementa do julgamento dos MI nº 670, 708 e 712 indica que restou atribuída eficácia geral às referidas decisões, fato que proporciona maior polêmica acerca da legitimidade do STF.

Por oportuno, cumpre observar que, em relação à ausência de regulamentação do direito à aposentadoria especial prevista no art. 40, § 4º, III, da CF, após julgar o MI 721 e outros que foram ajuizados sobre o assunto, o STF determinou que, enquanto não for editada a LC regulamentando o referido dispositivo constitucional, deverão ser aplicadas, aos servidores públicos, as regras de aposentadoria especial dos trabalhadores em geral (regras do Regime Geral de Previdência Social - RGPS), previstas no art. 57 da Lei nº 8.213/91. Ademais, após essas reiteradas decisões proferidas em mandado de injunção, o Plenário do Supremo, em 09/04/14, aprovou a Súmula Vinculante 33, com o seguinte teor:

> Súmula Vinculante 33: Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

Assim, o STF conferiu eficácia geral e efeito vinculante ao seu posicionamento acerca da omissão legislativa quanto ao disposto no art. 40, § 4º, III, da CF por meio da edição de súmula vinculante. Todavia, no caso de ausência de regulamentação do direito de greve, a Corte não se utilizou da súmula vinculante para atribuir eficácia geral ao seu posicionamento, pois atribuiu essa ampliação de eficácia à própria decisão proferida em mandado de injunção (MI nº 670, 708 e 712), o que implica maior questionamento acerca da legitimidade do STF.

A súmula vinculante se apresenta como uma hipótese racional de solução para as ações repetitivas, em razão da atribuição de força vinculante à decisão do Supremo[142]. Portanto, a edição de súmula vinculante representa mecanismo legítimo, criado pelo poder de

[142] MORAES, Vânila Cardoso André de. **Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública**: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição. Brasília: CJF, jul./dez., 2012, p. 94-95.

reforma, para a ampliação da eficácia das decisões do STF, inclusive daquelas proferidas em mandado de injunção.

Essa questão da legitimidade do Judiciário para, em mandado de injunção, editar normas gerais e abstratas sem representatividade popular não ofenderia os princípios democrático e da separação de poderes, caso a atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão proferida em mandado de injunção fosse decorrente da edição de súmula vinculante.

Contudo, por oportuno, cumpre registrar que o próprio instituto da súmula vinculante é passível de crítica doutrinária, na medida em que o caráter vinculante da súmula "instaura o seguinte paradoxo: os juízes podem contrariar leis; se o fizerem, cabe recurso. O que os juízes não podem é contrariar Súmulas", ou seja, apesar de nosso sistema pertencer ao modelo *civil law*, no qual o corolário é lei, a súmula vincula, tanto que cabe reclamação, mas a lei não vincula, cabendo apenas recurso[143].

A despeito de tais críticas à existência da súmula vinculante, tratando-se de instituto criado pelo poder de reforma, representa mecanismo que reconhece a legitimidade do STF para editar norma de cunho geral e abstrato "com força de lei" em relação ao Executivo e ao próprio Judiciário. Por conseguinte, constitui instituto por meio do qual o STF pode conferir eficácia *erga omnes* em mandado de injunção, a exemplo do que ocorreu no caso da aprovação da Súmula Vinculante 33.

Assim, apresenta-se razoável o reconhecimento da possibilidade de atribuição de eficácia geral ao posicionamento adotado em mandado de injunção, desde que mediante a aprovação de súmula vinculante. Porém, os questionamentos acerca da legitimidade do STF persistem em relação ao julgamento dos MI's 670, 708 e 712, em que não houve a edição de súmula vinculante, a qual exige um quorum mais rígido de aprovação e mesmo assim foi atribuída eficácia *erga omnes*.

[143] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 2ª ed., p. 863.

3 **A ABSTRATIVIZAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO COMO GARANTIA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E INSTRUMENTO DE CELERIDADE E DE ECONOMIA PROCESSUAIS E DE SEGURANÇA JURÍDICA E SUA RELAÇÃO COM AS DEMANDAS REPETITIVAS E OS DIREITOS COLETIVOS**

3.1 A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DEVER DO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

Como já visto no capítulo anterior, o principal argumento em desfavor da possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* em mandado de injunção é, basicamente, a ofensa ao princípio democrático e ao princípio da separação de poderes. Foi verificado também que o STF possui legitimidade para atribuir eficácia geral e efeito vinculante às decisões em mandado de injunção mediante a edição de súmula vinculante.

No presente capítulo, por outro lado, serão analisados os argumentos favoráveis à maior amplitude da eficácia do mandado de injunção, a começar pela necessidade de concretização dos direitos fundamentais. Ademais, serão destacados aspectos processuais que indicam que a abstrativização do mandado de injunção não é um posicionamento desarrazoado na medida em que garante a economia e celeridade processuais e a segurança jurídica e se assemelha aos efeitos da coisa julgada no âmbito dos direitos coletivos, além de representar um instrumento de solução de demandas repetitivas.

Historicamente, os direitos fundamentais reconhecidos aos cidadãos eram inexistentes na prática, porque não eram autoaplicáveis, ou seja, sua eficácia estava condicionada ao desenvolvimento legislativo posterior. "O constitucionalismo contemporâneo preocupa-se, cada vez mais, com as garantias dos direitos fundamentais, procurando efetivá-las pelo crescimento de novos instrumentos do Processo Constitucional"[144].

Conforme lição de Canotilho, o Direito Processual Constitucional é o conjunto de regras e princípios positivados na Constituição e noutras fontes de direito que regulam os procedimentos ordenados à solução de questões de natureza jurídico-

[144] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_55_56/Jose_Baracho.pdf >. Acesso em: 09/07/15.

constitucional pelo Tribunal Constitucional. O Direito Processual Constitucional em sentido amplo abrange todos os processos que tratam das atribuições do Tribunal Constitucional, a exemplo do controle de constitucionalidade e da verificação de regularidade de procedimentos eleitorais. Em sentido estrito, o Direito Processual Constitucional tem como objeto o Processo Constitucional, o qual se refere apenas ao processo de fiscalização de normas jurídicas[145].

Com efeito, o controle de constitucionalidade, objeto do Processo Constitucional do qual resultam a declaração de inconstitucionalidade e a declaração de constitucionalidade, "representa um dos pilares fundamentais na defesa do Valor da Constituição" e assenta-se, principalmente, em dois pressupostos teóricos, a saber: a) rigidez da Constituição, pois na Lei Maior estão inseridos os valores supremos consagrados pela sociedade por meio do poder constituinte e, em consequência, o texto constitucional somente pode ser alterado por procedimentos especiais; b) a supralegalidade da Constituição, da qual decorre a obrigatoriedade de compatibilidade das normas infraconstitucionais com as normas constitucionais[146].

Para entender o papel do Processo Constitucional no âmbito dos direitos fundamentais, importante analisar a natureza política-ideológica, sociológica e normativa das normas constitucionais, a partir das observações doutrinárias de Ferdinand Lassale, Konrad Hesse e Ivo Dantas.

Ao indagar acerca da verdadeira essência de uma Constituição, Ferdinand Lassale explica que a Constituição é uma lei fundamental que serve de base ou apoio a todas as demais leis, encontrando-se, no ordenamento jurídico, numa posição hierarquicamente superior a outras leis e representando a norma originária da qual as demais derivam, ou seja, o centro irradiador de uma força ativa e eficaz. Essa força seria representada pelos fatores reais de poder (como a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia e a classe operária). Assim, a soma dos fatores reais de poder que regem um país constitui a verdadeira essência da Constituição. Nesse raciocínio, o referido autor indica que há duas Constituições: a) a real e efetiva, formada pelos fatores reais e efetivos que regem a

[145] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 965-967. Já o Direito Constitucional Processual envolve o estudo dos princípios e regras processuais positivados na Constituição referentes aos processos civil, penal, administrativo e constitucional (direito de defesa, princípio da imparcialidade, dentre outros). DANTAS, Ivo. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 81-82. Ivo Dantas segue a mesma classificação em relação ao Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual.

[146] DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição**. 3ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 35-36.

sociedade; b) a escrita, também denominada "folha de papel". Desse modo, os problemas constitucionais não seriam questões jurídicas, mas sim questões políticas[147].

O conceito sociológico de Constituição apontado por Lassale relaciona a ideia de eficácia constitucional à correspondência entre os fatores reais de poder (as forças sociais) e o texto normativo da Constituição escrita. Apesar de compartilhar dessa ideia de Lassale de que "a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade", Konrad Hesse ensina que a Constituição possui força normativa, de modo que:

> (...) A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferençadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas[148].

Konrad Hesse afirma que, para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição, tem significado decisivo a interpretação constitucional, que deve está submetida ao princípio da ótima concretização da norma, a fim de que a interpretação concretize o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação[149].

Para Ivo Dantas, "se a Constituição não corresponde aos valores da sociedade na qual será aplicada, irreversível será o caminho no sentido do Hiato Constitucional, estágio preliminar para a Revolução, tomada no sentido de quebra do processo constitucional"[150]. Hiato constitucional indica a não correspondência entre a norma constitucional e a realidade sociopolítico-econômica, ou seja, ocorre quando uma Constituição não reflete "os fatores reais de poder", quando há discrepância entre o conjunto dos valores sociais consagrados pela Constituição (Ideologia Constitucional) e a realidade

---

[147] LASSALE, Ferdinand. **O que é a Constituição?** São Paulo: eBooks Brasil, 1933, p. 6-22.

[148] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 14-15.

[149] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 22-23. Segundo o autor, "a dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade". Ademais, explica que a "Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizado por Lassale", pois não está desvinculada da realidade, mas também "não está condicionada, simplesmente, por essa realidade" (p. 23 e 25).

[150] DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 54.

vigente na sociedade, o que contribui para a ineficácia das leis e para os abalos nos ordenamentos jurídicos gerados por revoluções[151].

Essas características política-ideológica, sociológica e normativa das normas constitucionais são refletidas no âmbito da concretização dos direitos fundamentais quando da realização do controle de constitucionalidade, pois, atualmente, o texto constitucional é tido como fonte normativa, que impõe deveres inclusive ao Estado, não apenas como mera inspiração política-ideológica.

Considerando os valores políticos que inspiram e corporificam as normas constitucionais, existe um fator político na interpretação constitucional, pois a experiência demonstra que questões jurídicas e políticas "constituem duas dimensões incindíveis dos problemas constitucionais"[152]. As normas constitucionais, portanto, possuem natureza política e jurídica.

Em relação especificamente à estrutura das normas de direitos fundamentais, é possível apontar a existência de duas espécies de normas, que são as regras e os princípios, daí o "caráter duplo das normas de direitos fundamentais". As normas de direitos fundamentais são, de início, "ou regras (normalmente incompletas) ou princípios", mas "adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos"[153].

Assim, a legislação infraconstitucional e as decisões judiciais, consoante lições de Gustavo Binenbojm, devem ser compatíveis os princípios morais incorporados na Constituição e no seu sistema de direitos fundamentais. Há uma necessidade de leitura moral da Constituição que "pressupõe que o aplicador do Direito assuma uma postura ativa e construtiva". A jurisdição constitucional, nessa perspectiva, representa instrumento de defesa dos direitos fundamentais e tais direitos são "reconhecidos pela comunidade política sob a forma de princípios, sem os quais não há cidadania em sentido pleno, nem verdadeiro

---

[151] DANTAS, Ivo. **Constitucionalismo brasileiro**: ontem, hoje e amanhã. Conferência pronunciada no Seminário sobre Revisão Constitucional, UNICAP. Recife, 12.08.93. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&ved=0CEQQFjAH&url=http%3A%2F%2Fwww.direito.ufmg.br%2Frevista%2Findex.php%2Frevista%2Farticle%2Fdownload%2F1482%2F1411&ei=hV-eVauSBcaowASs1KSADA&usg=AFQjCNFrMDPGvABu10BL3vtiyE_BcnIKyA>. Acesso em: 09/07/15. A Ideologia Constitucional é objeto da "Estrutura Material" da Constituição, enquanto a "Estrutura Formal" visa identificar a distribuição do seu conteúdo, o aspecto topográfico do texto constitucional, sua arrumação.

[152] BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 7 e 107.

[153] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141.

processo político deliberativo", de modo que "representam uma exigência democrática antes que uma limitação". Isso significa que o objetivo da jurisdição constitucional é fazer com que os problemas mais fundamentais sejam tratados como questões de princípio. Sobre essa relação entre jurisdição constitucional e democracia, o referido autor aponta as seguintes considerações finais:

> A jurisdição constitucional é, portanto, uma instância de poder contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo a de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia. Esta a fonte maior da legitimidade da jurisdição constitucional.
> (...) A maior ou menor autoridade da Corte Constitucional depende, necessariamente, de sua capacidade de estabelecer este diálogo com a sociedade e de gerar consenso, intelectual e moral, em torno de suas decisões[154].

Com efeito, no Estado Democrático de Direito, a Constituição surge não apenas como explicitação do contrato social mas também como constituição da ação do Estado, em razão da sua força normativa. Assim, a justiça constitucional passou a ter a função de garantir a força normativa substancial das normas constitucionais, de forma que o Judiciário não pode apresentar uma postura passiva diante da sociedade. Ao contrário, o exercício da justiça constitucional permite ao Judiciário "transcender as funções de *checks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais". Essa perspectiva de intervencionismo substancialista objetiva garantir o cumprimento dos preceitos e princípios inerentes aos direitos fundamentais sociais[155].

Importante destacar que, conforme doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, há o reconhecimento da existência de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais: a dimensão subjetiva e a dimensão objetiva. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais possui diversos desdobramentos, significando "princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional", uma espécie de mais-valia jurídica por reforçar a juridicidade das normas de direitos fundamentais, uma função objetiva reflexa de todo direito fundamental na medida em que "o Estado somente exerce seu poder no âmbito do espaço de ação que lhe é colocado à disposição", ou mesmo o reconhecimento de que todos os direitos fundamentais são direitos

---

[154] BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 85, 92 e 246-247.
[155] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 35-36 e 42-43.

transindividuais e possuem uma "eficácia dirigente" (ordem contra o Estado de concretização e realização dos direitos fundamentais), além de servirem de parâmetro para o controle de constitucionalidade, dentre outras funções. A dimensão subjetiva coloca o direito fundamental como um direito subjetivo público que possibilita ao seu titular impor juridicamente seus interesses perante o destinatário (obrigado), referindo-se à possibilidade do titular do direito fundamental "de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão"[156]. Essa dimensão subjetiva do direito fundamental é que permite a proteção jurídica.

O constitucionalismo, que tem como objetivo principal assegurar a eficácia dos direitos fundamentais, representa uma proteção do indivíduo contra o Estado, já que os poderes, especialmente o Legislativo e o Executivo, ficam proibidos de violar os direitos fundamentais. A condição de constitucionalidade das normas representa um princípio assecuratório dos direitos fundamentais[157].

Além da possibilidade de existência de normas violadoras dos direitos fundamentais, é possível que, de igual modo, omissões legislativas vulnerem normas constitucionais. São consideradas inconstitucionais as omissões do legislador que impedem a fruição de direito fundamental[158].

Os direitos e garantias fundamentais possuem caráter vinculante em relação a todos os Poderes e funções do Estado. Assim, "o exercício das funções legislativa, executiva e jurisdicional encontra-se vinculado à observância dos direitos e garantias fundamentais". A vinculação da atividade legislativa indica o dever de legislar em conformidade com as liberdades públicas e a obrigação de evitar omissões inconstitucionais. A função administrativa vincula-se ao império das liberdades fundamentais do Estado, por isso "o agente pode deixar de cumprir a lei por entendê-la inconstitucional". Por fim, a atividade jurisdicional vincula-se aos direitos e garantias fundamentais porque o "Poder Judiciário deve conferir o máximo possível de efetividade às liberdades públicas", não estando obrigado a aplicar leis inconstitucionais, podendo aplicar direitos fundamentais mesmo contra as leis e

[156] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 142-154.
[157] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 91-92.
[158] LOPES, Cynthia de Araújo Lima. Mandado de injunção como única saída viável para o suprimento das omissões inconstitucionais. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo, n. 95, fev., 2011, p. 24.

protegendo as prerrogativas previstas nos tratados internacionais que veiculam direitos humanos fundamentais[159].

Nesse contexto, importante destacar que o controle difuso, considerando sua origem histórica, possui "um perfil de garantidor da cidadania", diante do seu caráter democrático e de defesa dos direitos individuais, constituindo verdadeiro instrumento de limitação do poder político[160].

Assim, apresenta-se pertinente indagar se o Poder Judiciário, por ter o dever de guarda da Constituição, pode ser considerado superior aos demais Poderes, já "que emite a última palavra sobre questões constitucionais". Esse processo de judicialização da política que acarreta o fortalecimento do Judiciário tem como um dos objetivos a busca pela maior concretização dos direitos fundamentais, diante da desconfiança em relação aos Poderes Legislativo e Executivo e da possibilidade de garantia de imparcialidade do Judiciário, capaz de "proteger os direitos das minorias diante dos abusos das maiorias" (função contramajoritária). No contexto de sociedade pluralista, a noção convencional de que "cabe ao Poder Judiciário dar a última palavra sobre o que é a Constituição" não é salutar, pois a complexa atividade interpretativa deve ser processada "por meio de um diálogo permanente entre os Poderes e instituições", a fim de tentar obter "conciliação entre os valores constitucionais e a razão pública"[161].

Seguindo esse raciocínio, Marcelo Casseb Continentino critica a atuação da jurisdição constitucional que, ao objetivar o controle difuso/concreto de constitucionalidade, mediante, por exemplo, a edição de súmula vinculante e a exigência de repercussão geral como condição de admissibilidade do recurso extraordinário, diminui o acesso dos cidadãos à Corte e, por consequência, reduz "sua participação ativa no processo de concretização da Constituição, o que acarreta a progressiva deslegitimação da interpretação constitucional, em razão do fechamento da sociedade dos intérpretes da Constituição: os cidadãos tornam-se meros destinatários das normas constitucionais, e não mais seus legítimos autores"[162].

---

[159] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 538-539.

[160] ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito. **Revista de processo**. São Paulo, ano 39, vol. 229, março, 2014, p. 434-435.

[161] ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. Supremacia ou diálogo judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. **Revista da AGU**. Brasília-DF, ano XII, nº 38, out./dez., 2013, p. 284-291.

[162] CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Entre supremacia constitucional e supremacia judicial: novos desafios do controle de constitucionalidade no Brasil. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de;

Para o autor, a concentração do controle de constitucionalidade acaba por "restringir a sociedade aberta dos intérpretes" e contribui para firmar a autocompreensão do STF como Poder exclusivo de dar a "última palavra" em matéria de interpretação constitucional, o que pode vir a configurar a "supremacia judicial, em vez de supremacia constitucional"[163].

Peter Häberle coloca em questão a indagação acerca de quem são os participantes do processo de interpretação, sugerindo que seja abandonada a ideia de sociedade fechada dos intérpretes e seja adotada "uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta". A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição indica que no processo de interpretação constitucional estão vinculados "todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos", não sendo possível estabelecer "um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição". Os intérpretes jurídicos da Constituição, portanto, não detém o monopólio da interpretação da Constituição, pois "o destinatário da norma é participante ativo"[164].

Essa moderna concepção de interpretação pluralista da Constituição situa os direitos fundamentais como "parte da base da legitimação democrática", no sentido de que:

> (...) a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente "competente", a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (*Grundrechtsverwirklichung*), tema muitas vezes referido sob a epígrafe do "aspecto democrático" dos Direitos Fundamentais. (...)
> "Povo" não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania no sentido do art. 33 da Lei Fundamental (NT 8). Dessa forma, os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao circulo de participantes (Beteiligtenkreis). (...).

TAVARES, André Ramos (coords.). **Constitucionalismo**: os desafios no terceiro milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 400-405.

[163] CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Entre supremacia constitucional e supremacia judicial: novos desafios do controle de constitucionalidade no Brasil. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (coords.). **Constitucionalismo**: os desafios no terceiro milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 405-411.

[164] HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, Reimpressão 2002, p. 12-16.

> A democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca[165].

No mesmo sentido, Luciane Moessa de Souza aponta que nem sempre uma decisão condenatória ou mandamental será a melhor solução para os complexos problemas atinentes à efetivação de direitos fundamentais, indicando que talvez fosse o caso de adotar mecanismos para a construção de soluções consensuais, com a participação de entidades que representem os titulares dos direitos, do Ministério Público e dos Poderes Públicos omissos[166].

Angela Cristina Pelicioli explica que o STF, objetivando concretizar a Constituição, vem proferindo as denominadas sentenças aditivas, que são aquelas "que criam norma geral e abstrata, transformando, adequando, modificando e integrando o texto da lei ou do ato normativo". No mandado de injunção originário do STF, "a decisão deste órgão será a de legislador positivo", porque supre a omissão mediante a criação de norma positiva entre as partes, mas somente haverá sentença normativa no mandado de injunção coletivo, em que há a atribuição do caráter geral e abstrato, como no caso do MI 712[167].

Rafael Cavalcanti Lemos após criticar a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal, em relação ao mandado de injunção, nos anos iniciais após a promulgação da Constituição de 1988, apontou que a criação do mandado de injunção no Brasil representa "uma tentativa de combater a estratégia jurídica-política formal-liberal que vem frustrando, em 181 anos de constitucionalismo, as possibilidades do pleno e simples uso do princípio da maior eficácia: permitir a quem de direito o acesso à justiça"[168].

De fato, a ausência de norma regulamentadora de norma constitucional que inviabilize o exercício do respectivo direito fundamental pode ser entendida como uma espécie de estratégia política para evitar a plena eficácia dos direitos previstos na Constituição, ao mesmo tempo em que a previsão constitucional passa a ter mera "função

---

[165] HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, Reimpressão 2002, p. 36-38.

[166] SOUZA, Luciane Moessa de. **Instrumentos processuais de controle da omissão do poder público na implementação de direitos fundamentais**: ações constitucionais, medidas judiciais e responsabilização do Estado omisso. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/11_710.pdf>. Acesso em: 02/09/14, p. 240-241.

[167] PELICIOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional**: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. São Paulo: LTr, 2008, p. 184 e 206.

[168] LEMOS, Rafael Cavalcanti. Redução de possibilidade jurídica pelo Supremo Tribunal Federal de pedido em mandado de injunção: denegação de justiça e inefetividade constitucional. **Revista da ESMAPE**, n. 22, v. 10, jul./ dez., 2005, Recife, p. 315.

simbólica" de "garantia" de tais direitos. Nesse contexto, é dever do guardião da Constituição a concretização dos direitos fundamentais.

3.2 A OBJETIVAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIR MAIOR EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme verificado no início deste capítulo, a concretização dos direitos fundamentais é um dever do guardião da Constituição, o que implica admitir que o Poder Constituinte originário prioriza a proteção dos direitos fundamentais, tanto que previu inúmeras garantias com o objetivo de assegurar a eficácia de tais direitos. Implica também, consoante será demonstrado a seguir, entender que é possível conferir maior amplitude à decisão em mandado de injunção, eis que esse remédio constitucional, conforme redação do próprio texto constitucional, objetiva viabilizar o exercício do direito carente de regulamentação.

O mandado de injunção não deve ser concebido à luz da lógica liberal, por meio do procedimento interpretativo de bloqueio (métodos interpretativos tradicionais), pois, tratando-se de "instrumento de realização do elemento social do Estado Democrático de Direito", o mandado de injunção exige um novo "procedimento interpretativo de legitimação de aspirações sociais à luz da Constituição", que deve refletir a pretensão de concretização da ordem constitucional, a qual exige a introdução de um elemento de ordem axiológica ao indicar que a aplicação das normas constitucionais converte-se em realização de valores sociais. Assim, o mandado de injunção requer uma "interpretação teleológica condizente com a lógica social, que implica doar novo sentido à separação dos Poderes", pois atribui ao Judiciário o poder de exercer uma justiça substancial "com maior sensibilidade às finalidades sociais"[169].

O disposto no § 1º do art. 5º da CF indica "que todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia", argumento que corrobora a tese de aplicabilidade imediata dos direitos de defesa (que são destinados a proteger posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público). Desse modo, diante da ausência de edição de norma regulamentadora de direito fundamental de defesa, como o direito de greve dos

[169] PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 154-155.

servidores públicos, prevaleceria a presunção do referido art. 5º, § 1º, da CF, regra que atuaria como mandado de otimização, autorizando que, por meio do "mandado de injunção (independentemente de uma declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade por omissão), fosse, desde já, assegurada judicialmente aos particulares a efetiva fruição da liberdade fundamental". Portanto, a conduta omissiva por parte do legislador que represente inconstitucionalidade por omissão "não pode resultar em suspensão (ainda mais por prazo indeterminado) do exercício de direito fundamental pelo seu titular"[170].

André Vicente Pires Rosa destaca que a inserção do mandado de injunção e da ADO no nosso ordenamento decorre da inatividade do legislador, considerando que a democracia brasileira "viene formando parlamentos que no están suficientemente preocupados por la eficácia de aquellos derechos constitucionales que contribuyen a una mejor distribución de la renta nacional y a una reducción de las desigualdedes sociales tan graves y evidentes". Salienta o referido autor que apenas o mandado de injunção "está relacionado directamente con la eficácia de los derechos constitucionales desde su comprensión como derechos públicos subjetivos"[171].

Com efeito, o argumento da separação de poderes no sentido de que o STF estaria impossibilitado de exercer a produção normativa por ser de competência do Legislativo e o argumento do princípio democrático que implicaria ausência de legitimidade do STF para suprir omissão inconstitucional são frágeis, "se considerada a força normativa da Constituição e a determinação expressa do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição". Ao suprir omissão inconstitucional, o julgador não atuaria como legislador, porque estaria "retirando a eficácia genérica e colmatando caso a caso as lacunas no caso concreto, fundamentando suas decisões", as quais persistem até o legislador suprir a omissão normativa[172].

Nesse sentido, Marcelo Antônio Theodoro explica que, por meio do mandado de injunção, seria possível, tratando-se de direitos fundamentais, mediante atuação

[170] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 271-279.
[171] ROSA, André Vicente Pires. **Las omisiones legislativas y su control constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 468.
[172] THEODORO, Marcelo Antônio. **Direitos fundamentais & sua concretização**.1ª ed. (ano 2002), 6ª tir., Curitiba: Juruá, 2008, p. 117.

no caso concreto, suprir a lacuna legislativa ou mesmo do Poder Executivo, observando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade[173].

Após apontar a divergência doutrinária acerca dos efeitos do mandado de injunção e de ressaltar a sua importância para a concretização das normas constitucionais, João Maurício Adeodato explica que "o mandado de injunção não pode ser entendido como panacéia para resolver todos os problemas sociais do Brasil", pois o texto normativo genérico apenas representa o ponto de partida para a construção da norma jurídica diante do caso concreto[174].

Essa observação mais uma vez remete à hermenêutica constitucional e às indagações sobre o caráter criador da atividade exercida pelo juiz, questão que sempre deve ser observada numa perspectiva global do ordenamento jurídico, pois conforme lições de Nelson Saldanha:

> A reflexão sobre o papel do julgador – isto é, das instancias aplicadoras – na dinâmica do Direito, e sobre a margem de criatividade que cabe ao juiz, deve ao nosso ver relacionar-se com a visão do processo inteiro de realização do Direito: sua realização, como ordem, no plano social e em face das particularidades concretas das situações reguladas. O Direito, sejam quais forem seus instrumentos de positivação, que tornam positivos os seus preceitos, e sejam quais forem os valores que se achem enfatizados em seu bojo, radica no social e se volta ao social ao aplicar-se: evidentemente nenhum valor jurídico se realizará sem isto. E a aplicação do direito, sendo concreção, é integração em sentido muito específico, ao inserir nos contextos a vivência da norma. A partir daí cobram sentido as análises críticas sobre a adequação do direito à realidade; mas só a partir daí[175].

As normas constitucionais sobre direitos fundamentais, as quais contêm conceitos vagos, que constituem fórmulas valorativas, não devem ser interpretadas conforme a tradição do formalismo, mediante os métodos tradicionais da hermenêutica jurídica, havendo a necessidade de uma interpretação constitucional material-valorativa, a fim de possibilitar uma proteção mais efetiva dos direitos fundamentais. "A natureza político-social dessas normas impõe a necessidade de métodos de interpretação específicos". Atualmente, a hermenêutica dos direitos fundamentais deixa de ser uma questão de subsunção do fato à norma "para se tornar um problema de conformação política dos fatos"[176].

---

[173] THEODORO, Marcelo Antônio. **Direitos fundamentais & sua concretização**.1ª ed. (ano 2002), 6ª tir., Curitiba: Juruá, 2008, p. 118.

[174] ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 219-224.

[175] SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 297-298.

[176] KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: (uma visão comparativa). **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 144, out./dez., 1999. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/545>. Acesso em: 03/09/14, p. 249-250.

Os padrões gerais de conduta, não as diretivas individuais, são os principais instrumentos de controle social e se exteriorizam tanto por meio da legislação como por meio dos precedentes, os quais representam o processo escolhido para a comunicação de padrões de comportamento que possuem certa indeterminação, considerada uma textura aberta do direito, área de conduta que deve ser desenvolvida e definida pelos tribunais, garantindo o equilíbrio entre os interesses conflitantes[177].

Reforçando essa tese de postura criativa do julgador, Oscar Valente Cardoso entende que o julgador "exerce uma função substitutiva em relação ao Legislativo" quando analisa o mandado de injunção, porque inexiste norma para interpretar ou aplicar e é seu dever suprir a mora do legislador[178].

Uadi Lammêgo Bulos, ressaltando que o Supremo, em diversos casos, vem declarando a mora do Poder Legislativo e este poder omisso permanece no estado de inação, entende que é correto o posicionamento da Corte de "seguir a tese concretista geral, pois não se sabe quando os preceitos dependentes de normatividade serão regulados"[179].

No mesmo sentido, Rafael José Nadim de Lazari defende a adoção da teoria concretista geral em mandado de injunção. Argumenta que é contraditório afirmar que a atividade legislativa *erga omnes* viola a separação de poderes e a atividade legislativa *inter partes* não, pois seja com eficácia entre as partes ou para todos trata-se de atividade legislativa, processo criativo. Destaca que a decisão no mandado de injunção coletivo, com eficácia para os substituídos representados pelo impetrante, se assemelha à atividade legislativa geral e que a eficácia *erga omnes* ainda irá prevalecer no STF a fim de conferir maior completude à Constituição[180].

Por outro lado, há quem afirme que, ao adotar a corrente concretista geral nos mandados de injunção sobre direito de greve dos servidores públicos, o STF adotou uma postura ativista passível de críticas, em especial porque, à época do julgamento do MI nº 670-9/ES (julgado em 25/10/2007), do MI nº 708-0/DF (julgado em 25/10/2007) e do MI nº 712-8/PA (julgado em 25/10/2007), a Corte julgou o MI nº 695-4 (julgado em 01/03/2007), no

[177] HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 5ª ed., Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 137, 140-141 e 148.
[178] CARDOSO, Oscar Valente. Mandado de injunção: aspectos práticos. **Revista dialética de direito processual**. São Paulo, n. 122, junho, 2013, p. 124.
[179] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 793.
[180] LAZARI, Rafael José Nadim de. A natureza da decisão concedida em sede de mandado de injunção: aporte por uma teoria processual do tema. **Revista dialética de direito processual**. São Paulo, n. 123, junho, 2013, p. 126.

qual apenas reconheceu a mora legislativa (mas sinalizando a adoção da tese concretista individual), e, ao julgar o MI nº 721-7/DF (julgado em 30/08/2007), adotou a tese concretista individual (determinou a aplicação da disciplina própria do Regime Geral da Previdência Social, a teor do art. 57 da Lei 8.213/1991, diante da ausência de lei acerca da aposentadoria especial do servidor público prevista no art. 40, § 4º, da CF). O reduzido lapso temporal entre tais decisões e a mudança de composição do STF não justificariam o tratamento diferenciado entre as matérias, até mesmo porque "no caso da greve, por exemplo, o pedido do MI nº 712-8/PA era limitado à categoria representada pelo impetrante"[181].

Em interessante pesquisa acerca da explicação do entendimento do STF sobre os efeitos do mandado de injunção entre 1989 e 2007, Karine Lyra Corrêa afirma que o posicionamento conservador do STF no julgamento da Questão de Ordem do MI 107 pode ser justificado diante do pequeno lapso temporal após a redemocratização, pois "não havia passado tempo suficiente para as pessoas tomarem consciência da incapacidade dos poderes políticos de entregar ao povo os direitos que foram prometidos", além do fato de, no período de julgamento do referido mandado de injunção, a maioria dos ministros que integravam a Corte tinha assumido suas funções no regime ditatorial. "No ano de 2007, as condições institucionais favoráveis ao fenômeno da judicialização já estavam presentes no país" e o STF já tinha renovado quase a totalidade dos membros que estavam presentes no julgamento da Questão de Ordem do MI 107[182].

De todo modo, o posicionamento do STF no julgamento dos MI's 670, 708 e 712 sofreu influência não apenas da alteração da quase totalidade de seus membros como também do decurso de quase vinte anos de omissão inconstitucional e da própria exigência atual de regulamentação do direito de greve no serviço público.

Assim, a objetivação do mandado de injunção pode ser obervada como um instrumento para sanar a inércia do legislador e garantir uma maior eficácia dos direitos fundamentais, pois a regulamentação provisória da omissão inconstitucional com eficácia geral viabiliza, desde logo, o exercício do direito constitucional para todos, sem a exigência

[181] CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. **Revista de informação legislativa**, v. 49, n. 193, jan./mar., 2012. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/496562>. Acesso em: 03/09/14, p. 147-149.

[182] CORRÊA, Karine Lyra. **O princípio da separação dos poderes e os efeitos do mandado de injunção**: a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal. Dissertação de mestrado em Ciência Política. Orientador Antônio José Escobar Brussi. Universidade de Brasília, Brasília, 2011, 195 folhas. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9933/1/2011_KarineLyraCorrea.pdf>. Acesso em: 02/09/14, p. 167-176.

de impetração de novos mandados de injunção para declarar a mora legislativa e tornar viável o mesmo direito carente de regulamentação.

3.3 A ABSTRATIVIZAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CELERIDADE E DE ECONOMIA PROCESSUAIS E DE SEGURANÇA JURÍDICA: A DISTINÇÃO ENTRE A EFICÁCIA *ERGA OMNES* E O EFEITO VINCULANTE

A objetivação do mandado de injunção, além de possibilitar a ampliação da concretização dos direitos fundamentais, pode representar um mecanismo de celeridade e economia processuais e de segurança jurídica, assim como ocorre no controle abstrato e no âmbito dos direitos coletivos em que a eficácia das decisões possui maior amplitude.

A análise do controle de constitucionalidade das leis sob o aspecto dos efeitos emanados da decisão judicial proferida por órgãos judiciários comuns, como nos sistemas de controle difuso, ou especiais, como nas Cortes Constitucionais europeias, exige uma breve anotação acerca da contraposição entre o sistema norte-americano e o sistema austríaco.

No sistema norte-americano, conforme concepção tradicional, o juiz declara a nulidade pré-existente da lei inconstitucional (controle meramente declarativo). No sistema austríaco, a Corte Constitucional cassa a lei que, até a publicação da decisão ou outra data posterior à publicação fixada pela Corte, é tida como válida e eficaz (controle constitutivo da invalidade)[183].

Ademais, há outra distinção tradicional em relação aos efeitos da decisão nos dois sistemas. A decisão de inconstitucionalidade no sistema austríaco tem, "além do caráter constitutivo, também caráter geral", ou seja, opera *erga omnes*, tornando ineficaz para todos, como se a lei tivesse sido ab-rogada por uma lei posterior e entrasse em vigor as disposições legislativas que pré-existiam à lei inconstitucional. Já no sistema norte-americano, cujo modelo foi adotado no Japão e no México, por exemplo, "o juiz deve limitar-se a não aplicar a lei inconstitucional ao caso concreto", ou seja, a decisão no controle difuso não possui eficácia *erga omnes*, mas sim *inter partes*, limitando-se ao caso concreto, embora tal característica, posteriormente, tenha sido praticamente eliminada nos Estados Unidos por

[183]CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, 2ª ed., Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 115-117.

força do princípio do *stare decisis* e ao menos atenuada no México, em razão do estreito vínculo à jurisprudência da Suprema Corte de Justiça e ao instituto da *suplencia de la queja deficiente*[184].

Conforme lições de Uadi Lammêgo Bulos, é possível afirmar que, atualmente, as decisões do STF no controle difuso possuem os seguintes efeitos: a) efeitos retroativos (ou *ex tunc*): todas as ações praticadas sob o império da norma inconstitucional são nulas de pleno direito (ineficácia *ab initio*); b) efeitos vinculantes entre as partes (ou *inter partes*): só atinge as partes envolvidas no processo; c) efeitos prospectivos (ou futuros, *ex nunc, pro futuro, a posteriori*): após a edição de resolução do Senado, suspendendo a executoriedade da norma declarada inconstitucional pelo STF, os efeitos da decisão proferida em controle difuso se expandem para o futuro; d) efeitos gerais (ou *erga omnes*): a decisão atinge a todos, de modo indistinto, e não apenas os litigantes envolvidos na relação processual. Tradicionalmente, a eficácia geral só era possível mediante a atuação do Senado nos termos do art. 52, X, da CF, porém o STF, em casos específicos, vem adotando a teoria da transcendência dos motivos determinantes (*ratio decidendi*) na seara do controle difuso de normas, promovendo uma "abstrativização" do controle difuso, como nos casos do RE 197.917/SP, do HC 82.959/SP e da Recl. 4.335/AC[185].

A adoção da teoria da transcendência dos motivos passa a representar um mecanismo de fortalecimento da força normativa da Constituição, além de instrumento de economia, celeridade e efetividade processuais. Nesse sentido, é a seguinte doutrina:

> A aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso merece aplausos, porque serve para concretizar os princípios da supremacia constitucional, da força normativa da constituição, da economia, celeridade e efetividade processuais (CF, art. 5º, LXXVIII).
> Emendemos que o uso da transcendência, com caráter geral, *pro futuro* e vinculante, dos motivos determinantes da sentença proferida em sede de controle difuso não precisa de qualquer base legislativa para ser invocado. É desnecessário, por exemplo, submeter os arts. 52, X, e 97 da Carta Magna ao influxo de emendas constitucionais, a fim de adequá-los a certas exigências. Também é despiciendo movimentar o legislador processual para estabelecer regras nesse sentido.
> A justificativa de tudo isso é muito simples: as decisões do Supremo Tribunal Federal devem ser obedecidas e levadas às últimas consequências, sob pena de se burlar o seu posto de guarda da Constituição (art. 102, caput). Daí o caráter *erga omnes* de suas deliberações autorizar, sem sombra de dúvida, o uso da reclamação em caso de desrespeito aos seus vereditos, inclusive aqueles proferidos em sede de controle difuso de normas.
> Finalmente, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que as sentenças proferidas em sede de controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal possuem a contestável e

[184]CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, 2ª ed., Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 117-119.
[185] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 348-350.

> natural vocação para se expandir, com eficácia vinculante para todos os tribunais brasileiros (STJ, REsp 828.106/S P, 1-ª Turma, Rei. Min. Teori Albino Zavascki, D] de 1 5-5-2006).[186]

Já a decisão proferida no controle abstrato de constitucionalidade possui eficácia contra todos (efeitos *erga omnes*). Ademais, em regra, possui efeitos retroativos (ou *ex tunc*), já que, excepcionalmente, mitigando o princípio da nulidade, o STF, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, pode utilizar a técnica chamada modulação dos efeitos da decisão (art. 27 da Lei nº 9.868/99), a fim de atribuir efeitos *ex nunc* à decisão.

Ademais, a decisão do STF em controle abstrato possui efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública (102, § 2º, da CF), o qual abrange tanto a parte dispositiva quanto os fundamentos determinantes da decisão[187] (tais fundamentos podem ser considerados a *ratio decidendi*, elemento básico da decisão, que não se confunde com o *obter dictum*). O efeito vinculante representa mecanismo de garantia da economia, celeridade e efetividade processuais que reforça o papel da Corte Constitucional, tanto que seu descumprimento possibilita o uso da reclamação constitucional.

Registre-se, por oportuno, que até mesmo as decisões com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante do STF nem sempre são observadas pelos demais órgãos do Poder Judiciário, razão pela qual houve a necessidade de criação da denominada reclamação constitucional.

Sobre o assunto, Marcelo Navarro Dantas, em importante estudo sobre a reclamação constitucional, aponta que a existência da referida ação constitucional "é, sem dúvida alguma, paradoxal", pois sua função de preservação da competência da Corte poderia ser atingida pelos instrumentos de solução de conflito de competência e a sua outra função de garantir a autoridade dos julgados da Corte comprova o descrédito do Judiciário. O referido autor aponta que a criação de instrumento processual para garantir a autoridade das decisões das Cortes Superiores é semelhante a certas placas de trânsito com o aviso de "Cuidado – buracos na pista!", já que não podem ser consideradas desnecessárias, "mas, sem dúvida, espelham uma deficiência grave do aparelho estatal" que deveria tapar tais buracos. Assim,

[186] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 350.

[187] MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. Presidência da República Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Revista jurídica virtual**. Brasília, vol. 1, n. 4, agosto, 1999. Segundo o autor, "a melhor doutrina defende que o efeito vinculante transcende a parte dispositiva da decisão", de modo que tanto os princípios extraídos da parte dispositiva quanto os fundamentos determinantes da decisão vinculam todos os tribunais e autoridades administrativas nos casos futuros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm>. Acesso em: 28/08/15.

apesar lamentável, a existência da reclamação é necessária diante do desrespeito ao Judiciário, bem como para fortalecer a celeridade e a eficácia da prestação jurisdicional[188].

Do mesmo modo, há doutrina que critica a existência de súmulas, porque, no Brasil, representam uma "pretensão de universalização que é incompatível com um direito que deve ser construído a partir da discussão dos casos concretos", já que não observam as peculiaridades do caso concreto e pretendem abarcar todas as "futuras hipóteses de aplicação de determinada norma jurídica", fazendo com que o caso concreto deixe de ser um caso. A despeito de tais críticas, as súmulas também não são consideradas um mal em si, pois "podem se constituir em importante mecanismo de reforço à integridade e coerência do direito"[189].

Apontadas as teorias sobre a eficácia da decisão proferida no âmbito do controle de constitucionalidade, resta observar sua aplicação em relação ao mandado de injunção, inclusive para melhor demonstrar a amplitude desse instrumento de celeridade e economia processuais e de segurança jurídica, mediante a verificação da distinção entre a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante.

Por oportuno, importante ressaltar que o mandado de injunção constitui remédio constitucional por meio do qual qualquer pessoa pode efetuar o controle das omissões inconstitucionais, a fim de viabilizar o exercício do direito carente de regulamentação no caso concreto. Tratando-se de instrumento de controle concreto das omissões inconstitucionais, a decisão, a princípio, teria eficácia *inter partes*.

Contudo, conforme já mencionado, a despeito da análise detida do acórdão do MI 670 indicar que o Tribunal, por maioria, atribuiu eficácia *inter partes* ao julgado, deve-se entender que, no julgamento dos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712, foi adotada a denominada corrente concretista geral, pois houve a atribuição de eficácia *erga omnes*, consoante teor do Informativo 458 do STF, *in verbis*:

> Informativo 458 do STF - Mandado de Injunção e Direito de Greve - 9 – (...) **Ficaram vencidos, em parte, nos três mandados de injunção, os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelos respectivos sindicatos e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações**. Também ficou vencido, parcialmente, no MI 670/ES, o Min. Maurício Corrêa, relator, que conhecia do writ apenas para certificar a mora do Congresso Nacional. (destaques inseridos).

[188] DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 491-518.
[189] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 390-392.

A abstrativização do controle das omissões inconstitucionais por meio do mandado de injunção, consagrada no julgamento dos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712, restou confirmada, inclusive, no julgamento da Reclamação 15511 MC/MG, conforme Informativo 700 do STF, cujo teor indica que:

> Informativo 700 do STF - Reclamação e direito de greve (Rcl 15511 MC/MG) – (...) Em resumo, não é matéria que cabe no âmbito estreito da reclamação constitucional a verificação da adequação do percentual deliberado pela Assembleia Geral no caso que ora se analisa. Mas, **ao decidir pela impossibilidade do exercício do direito de greve, sob fundamento de que este somente poderia ser usufruído após a edição de lei, bem como pela impossibilidade de paralisação parcial dos serviços, sob qualquer regime, mais ou menos severo, parece, neste juízo sumário inerente às medidas urgentes, que o ato impugnado desrespeitou o conteúdo decisório dos MI's 708 e 712**.(...) 3. **Ante o exposto, defiro a liminar, para suspender os efeitos da decisão impugnada até o julgamento final da presente reclamação**, sem prejuízo do exame, pelo tribunal reclamado, dos demais aspectos da causa, como entender de direito. (...). (destaques inseridos).

O teor dos mencionados informativos indica que, além da eficácia *erga omnes*, como bem explica Gustavo Maia Pereira, foi atribuído o efeito vinculante, por isso se justificou o uso de reclamação constitucional[190].

Assim, importante registrar que a eficácia *erga omnes* não se confunde com o efeito vinculante. A eficácia geral refere-se à parte dispositiva da decisão, enquanto o efeito vinculante abrange também os fundamentos da decisão (transcendência dos motivos determinantes). Ademais, apenas o desrespeito à decisão dotada de efeito vinculante possibilita a utilização da reclamação constitucional.

Em princípio, apenas as decisões proferidas no âmbito do controle abstrato e as súmulas vinculantes possuem efeito vinculante. As decisões proferidas no controle concreto possuem eficácia *inter partes*, mas podem obter de forma excepcional eficácia geral, mediante a suspensão total ou parcial, pelo Senado Federal, por meio de resolução, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal. Ademais, a decisão em controle difuso/concreto pode ter eficácia geral a partir da edição de súmula vinculante nos moldes do art. 103-A da CF.

Desse modo, a atribuição de eficácia geral e de efeito vinculante de decisão proferida em mandado de injunção, mecanismo do controle concreto de constitucionalidade, é questionada em razão do disposto nos arts. 52, X, e 103-A, da Constituição Federal, que,

[190] PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. Do cabimento de reclamação constitucional para garantir a autoridade das decisões proferidas pelo STF nos mandados de injunção referentes à greve no serviço público. **Jus navigandi**. Teresina, ano 15, n. 2723, 15 dez., 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18039>. Acesso em: 20/11/2013.

respectivamente, indicam a possibilidade de ampliação dos efeitos do controle difuso/concreto por resolução do Senado Federal e a necessidade de edição de súmula vinculante pelo STF para ampliar os efeitos do controle difuso/concreto.

Assim, em relação à atribuição de efeito vinculante e *erga omnes* no âmbito do controle concreto/difuso, Alexandre de Moraes entende que:

> (...) não nos parece possível, sob pena de desrespeito aos artigos 52, inciso X, e 103-A, que a Constituição Federal permita ao Supremo Tribunal Federal aplicar a transcendência dos motivos da declaração de inconstitucionalidade difusa para atalhar a necessária edição de súmulas vinculantes ou afastar a necessidade de atuação do Senado Federal[191].

No mesmo sentido, Nelson Nery Junior explica que o posicionamento que nega vigência ao texto expresso disposto no art. 52, X, da CF, ao atribuir ao Senado Federal mera tarefa de dar publicidade à decisão proferida pelo STF em sede de concreto difuso e concreto, possui caráter decisionista e configura-se inconstitucional porque a possibilidade de atuação do Senado representa um mecanismo democrático existente no controle de constitucionalidade, bem como porque:

> Também não se pode argumentar que a equiparação do controle difuso ao concentrado com a supressão do CF 52 X teria respaldo na vinculação por precedentes do *stare decisis*, porquanto o juiz, nesse regime, possui técnicas para se afastar dos precedentes: o *distinguishing* e o *overruling*"[192].

Sobre o assunto, Lenio Luiz Streck destaca que a questão do efeito vinculante não possui uma definição clara em relação à diferenciação com a noção de eficácia *erga omnes*, especialmente porque não se sabe ao certo se o que vincula é o dispositivo da decisão ou os seus fundamentos determinantes, apenas é possível afirmar que o efeito vinculante tem força obrigatória geral, efeitos gerais. Para o referido autor, "a força obrigatória geral (que nada mais é do que a eficácia *erga omnes*, que pode ser denominada também de efeito vinculante *lato sensu*) vale também em relação aos particulares" que não podem contestar judicialmente a decisão do tribunal[193].

---

[191] MORAES, Alexandre de. **Separação de poderes e efeitos vinculantes e erga omnes**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-07/justica-comentada-separacao-poderes-efeitos-vinculantes-erga-omnes>. Acesso em: 24/08/14.

[192] NERY JUNIOR, Nelson. O senado federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos. Separação de poderes, poder legislativo e interpretação da CF 52 X. **Revista de informação legislativa.** Brasília, ano 47, n. 187, jul./set., 2010, p. 196-198.

[193] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 2ª ed., p. 774-775. Para o autor, "o efeito vinculante obriga os tribunais e a administração, gerando, pois, uma eficácia *erga omnes stricto sensu*; já a eficácia *erga omnes* é um efeito vinculante *lato sensu*, porque atinge inclusive os particulares".

Por outro lado, segundo Teori Albino Zavascki, a sentença proferida em controle de constitucionalidade tem eficácia subjetiva *erga omnes* na medida em que irradia seus efeitos para todos os possíveis destinatários da norma, inclusive vinculando os juízes e tribunais. Não se confunde com o efeito vinculante porque essa característica "confere ao julgado uma força obrigatória qualificada" por meio da utilização da reclamação constitucional[194]. Ademais, deve-se destacar, em relação ao aspecto temporal, que:

> Não se pode confundir, já assinalamos, (a) a nulidade ou validade da norma com (b) o efeito vinculante da declaração judicial da sua validade ou nulidade. São fenômenos jurídicos distintos, especialmente no que se refere à sua eficácia temporal, ponto que aqui mais interessa. Costuma-se afirmar que a declaração de inconstitucionalidade tem eficácia *ex tunc*. A afirmação é correta, se se considera que o vício declarado importa a nulidade da norma desde a sua origem. O mesmo se pode dizer em relação à declaração de constitucionalidade: sua eficácia é *ex tunc*, na medida em que se reconhece a validade da norma desde a sua edição. Todavia, quando se trata de efeito vinculante das sentenças proferidas nas ações de controle concentrado, não é correto afirmar que ele tem eficácia desde a origem da norma. É que tal efeito não decorre da norma apreciada, mas da sentença que a aprecia. Sua eficácia é também *ex tunc*, mas seu termo inicial se desencadeia com a sentença que declarou a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, e não com o início da vigência da norma examinada. Pode-se situar, como termo inicial do efeito vinculante, nesses casos, a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei nº 9.868, de 10.11.99)[195].

Em sentido contrário à atribuição de efeitos *erga omnes* para garantir a celeridade e economia processuais e assegurar a segurança jurídica, Juliano Zaiden Benvindo entende que a tentativa de se sustentar a abstrativização com o argumento da eficiência, pela diminuição dos casos a serem julgados pelo STF, é rebatida com as alegações de que o STF assumiria condição nitidamente política e de que não há correlação nitidamente necessária entre eficiência e abstração nem entre falta de eficiência e ênfase no caso concreto[196].

Os apontamentos doutrinários acima mencionados indicam que sequer há consenso doutrinário acerca do conceito de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, embora seja possível afirmar que a eficácia *erga omnes* indica que o dispositivo da decisão tem eficácia contra todos, enquanto o efeito vinculante significa que tanto a parte dispositiva quanto os fundamentos determinantes da decisão vinculam os demais órgãos do Poder

---

[194] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 291-292.

[195] ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. Dissertação de mestrado em Direito. Orientador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000, 187 folhas. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/2521/000275909.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02/09/14.

[196] BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de Injunção em perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (organizadores). **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 261 e 272-275.

Judiciário e à Administração Pública e o desrespeito à decisão com efeito vinculante enseja o ajuizamento de reclamação constitucional.

De todo modo, há que se observar que o mandado de injunção, por sua própria natureza, já que representa mecanismo de combate à omissão inconstitucional, conduz à possibilidade de ajuizamento de inúmeras demandas repetitivas, pois, por exemplo, a ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos afeta todos os servidores. Imagine-se o ajuizamento de milhares de mandados de injunção individuais apenas em relação ao referido direito carente de regulamentação. Assim, além de garantir a economia e celeridade processuais e a segurança jurídica, a maior amplitude da eficácia da decisão em mandado de injunção, consoante será visto a seguir, representa um mecanismo para evitar o problema das demandas repetitivas e possui certa relação com a eficácia da decisão no campo dos direitos coletivos.

3.4 A OBJETIVAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO DIANTE DO PROBLEMA DAS DEMANDAS REPETITIVAS E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS COLETIVOS

Os mecanismos de resolução de demandas repetitivas e de demandas coletivas poderiam ser aplicados no âmbito do controle concreto das omissões inconstitucionais por meio do mandado de injunção a fim garantir a celeridade e economia processuais e a segurança jurídica?

Em estudo sobre as demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da Administração Pública, Vânila Moraes explica que a ineficiência da prestação jurisdicional decorrente das demandas repetitivas atinge especialmente os princípios da prestação jurisdicional efetiva, da isonomia, da segurança jurídica e da duração razoável do processo. Aponta alguns institutos existentes no nosso ordenamento para solucionar esse fenômeno da massificação processual, quais sejam o julgamento *prima facie* pela técnica do art. 285-A do CPC, a súmula vinculante, a técnica do art. 543-C do CPC de suspensão dos recursos até análise do recurso representativo de controvérsia no âmbito do STJ, a criação da repercussão geral (objetivação do recurso extraordinário), a súmula e a jurisprudência impeditivas de reexame necessário (art. 475, § 3º, do CPC) e a súmula impeditiva de recebimento de apelação (art. 518, § 1º, do CPC). Ademais, indica que a inclusão no nosso ordenamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, por atribuir efeito vinculante à tese do

tribunal, representa uma solução para a questão das demandas repetitivas que assolam o Judiciário[197].

Além da edição de súmula vinculante, o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no novo CPC (Lei nº 13.105/15), constitui instrumento para assegurar a celeridade e economia processuais, com a desnecessidade de análise de todas as demandas de forma individual, bem como para garantir a segurança jurídica, evitando decisões contraditórias, no âmbito do mandado de injunção.

Quanto à objetivação do mandado de injunção e sua relação com os direitos coletivos, importante destacar, conforme já mencionado, que, a despeito da ausência de regulamentação do mandado de injunção, o parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.038/90 estabelece que, no mandado de injunção, serão observadas as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica. Por sua vez, a Lei nº 12.016/09, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, dispõe as normas que devem ser observadas, por analogia, no mandado de injunção individual e coletivo.

O mandado de segurança coletivo constitui uma inovação da Constituição de 1988, mas não representa ampliação do instrumento para a defesa de direitos difusos, "mas, tão somente, mecanismo de substituição processual visando racionalizar a prestação jurisdicional". Assim, nos termos do parágrafo único do art. 21 da Lei nº 12.016/09, dentre os direitos transindividuais, apenas os direitos coletivos e os individuais homogêneos estão amparados pelo mandado de segurança, estando excluídos os direitos difusos. O caput do referido dispositivo, reproduzindo o teor do art. 5º, LXX, da CF/88, indica os legitimados ativos para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo. No que tange aos efeitos da decisão, o art. 22 da mencionada lei prevê que "no mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante"[198].

Tratando-se de remédio constitucional por meio do qual qualquer lesado pode efetuar o controle concreto das omissões inconstitucionais, o raciocínio acerca da coisa julgada em mandado de injunção, diferente do que ocorre na ADO, seria o seguinte:

---

[197] MORAES, Vânila Cardoso André de. **Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública**: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição. Brasília: CJF, jul./dez., 2012, p. 157-169.

[198] CAVALCANTI, Francisco. **O novo regime jurídico do mandado de segurança**: comentários à Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, São Paulo: MP Editora, 2009, p. 155-158.

> (...) as decisões de mérito na ação direta de inconstitucionalidade por omissão fazem coisa julgada com efeito *erga omnes*, enquanto as proferidas em relação ao mandado de injunção geram efeitos *inter partes*. No caso de mandado de injunção coletivo, os efeitos estendem-se ao universo dos substituídos[199].

Em sentido diverso, Clèmerson Merlin Clève, ao tratar dos efeitos do mandado de injunção coletivo, entende que é possível a tutela de direitos difusos por meio do referido remédio constitucional, hipótese em que a decisão terá efeitos *erga omnes*, ao mencionar que:

> Para concluir, lembre-se que as decisões de mérito na ação direta de inconstitucionalidade por omissão fazem coisa julgada com efeitos *erga omnes*, enquanto as proferidas em sede de mandado de injunção alcançam, em geral, meramente efeitos *inter partes*. No caso do mandado de injunção coletivo, porém, os efeitos estender-se-ão ao universo dos substituídos, admitindo-se que na hipótese de tutela de direitos difusos a decisão no mandado de injunção será capaz de desencadear efeitos semelhantes (*erga omnes*) aos da ação de inconstitucionalidade por omissão[200].

No mesmo sentido, após comentar as notas constantes do julgamento do Mandado de Injunção 670, Daniel Amorim Assumpção Neves destaca que, no caso de mandado de injunção coletivo, "ainda que a decisão crie norma concreta e limitada a resolver a violação exposta na petição inicial, a depender da espécie de direito coletivo tutelado, a norma criada pelo Supremo Tribunal Federal terá eficácia *erga omnes* ou, ao menos, *ultra partes*", o que vem ocorrendo com mandados de injunção ajuizados por associações ou sindicatos em favor de classe, grupo ou categoria de pessoas[201].

Ainda em relação ao limite subjetivo da coisa julgada, retoma-se, pois, a questão da eficácia em mandado de injunção ser *inter partes* ou *erga omnes*. Pedro Roberto Decomain após apontar que, numa primeira análise, a decisão em mandado de injunção individual beneficia apenas o impetrante e, em mandado de injunção coletivo, beneficia todos os integrantes da categoria ou classe, indaga "se de fato não seria o caso de reconhecer-se eficácia *erga omnes* ao mandado de injunção individual", considerando que a lide que tem por objeto a viabilização de direito carente de regulamentação pode ser absolutamente idêntica em relação a outros titulares do mesmo direito[202].

---

[199] AMARAL, Rubson Santos. **A omissão legislativa e o mandado de injunção**. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/141087>. Acesso em: 03/09/14, p. 9.
[200] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 386-387.
[201] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 101-102.
[202] DECOMAIN, Pedro Roberto. Mandado de injunção e greve no serviço público. **Revista dialética de direito processual**, n. 102, set., 2011, p. 132.

Para o referido autor, não haveria utilidade na necessidade de ajuizamento de inúmeros de mandados de injunção individual quando já tiver sido proferida decisão de procedência em que o Judiciário produziu a norma faltante ou reconheceu a mora do poder omisso, porque o entendimento deve ser idêntico em face dos diferentes impetrantes. Em suma, explica que se deve aplicar o mesmo raciocínio da coisa julgada em ação popular (*secundum eventum litis*), de modo que a coisa julgada em mandado de injunção tenha eficácia *erga omnes*, em caso de procedência, inclusive no caso de determinação de aplicação de outra norma por analogia, e, em caso de improcedência, a depender da razão de decidir (fundada em circunstância específica do impetrante, por exemplo), a coisa julgada seja *inter partes*[203].

Sobre os efeitos da decisão em mandado de injunção, Daniel Wunder Hachem esclarece "que nem sempre o exercício dos direitos fundamentais poderá ser garantido a partir de soluções com efeitos *inter partes* e a *posteriori*" e que os direitos difusos, diferentemente dos coletivos em sentido estrito, exigem a produção de normas gerais e abstratas, com eficácia *erga omnes*. Para o autor, a solução para a problemática sobre os efeitos da decisão deve ser solucionada a partir da concepção de que não se sustentam as "concepções de ação e de processo construídas no Estado Legislado, em que a ação era vista como algo abstrato, desconectado das peculiaridades do direito material e do caso concreto, e ao processo associava-se a ideia de um procedimento único, padronizado". Em verdade, "o mandado de injunção deve ser encarado dentro da concepção de ação consolidada pelo Estado Constitucional, ou seja, como instrumento de tutela efetiva do direito material", de modo que, diante das exigências concretas do direito material, poderão ser atribuídos efeitos *inter partes* ou *erga omnes* [204].

A doutrina acima indicada, que defende a eficácia *erga omnes* em mandado de injunção, procura, portanto, comparar os efeitos do mandado de injunção coletivo com os do mandado de segurança coletivo, os da ação popular ou mesmo os da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, existindo inclusive o argumento da utilização do mandado de injunção como "instrumento de tutela efetiva do direito material" nos moldes da perspectiva do Estado Constitucional.

---

[203] DECOMAIN, Pedro Roberto. Mandado de injunção e greve no serviço público. **Revista dialética de direito processual**, n. 102, set., 2011, p. 132-134.

[204] HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. **A&C Revista de direito administrativo e constitucional**. Belo Horizonte, ano 9, n. 38, out./dez., 2009, p. 156-161.

Ressalte-se que a decisão em mandado de injunção que adota a tese concretista faz "coisa julgada transitória", porque prevalece até a edição da lei faltante. Assim, por exemplo, no julgamento do MI 283-5, referente à indenização prevista no art. 8º, § 3º, do ADCT, o STF determinou que a liquidação da indenização devida fosse processada no juízo comum, esclarecendo que a decisão não prevaleceria sobre a legislação superveniente na hipótese de ser mais benéfica que o julgado. No referido julgado, significativa parcela dos ministros do STF entendeu que "na medida em que editada a lei, o impetrante se submeteria imediatamente ao seu império, abandonando a posição jurídica que lhe foi outorgada pelo referido julgamento". Desse modo, quando a decisão em mandado de injunção vai além da declaração da mora legislativa, "o beneficiário da decisão fica amparado por esta até que seja editada a norma regulamentadora, não se lhe aplicando a coisa julgada, nos termos do art. 468 do CPC"[205].

No mesmo sentido, Marcelo Casseb Continentino entende que é plausível o posicionamento no sentido de que a decisão em mandado de injunção possui eficácia transitória, ou seja, após suprida a omissão pelo poder omisso, "deixam de existir as condições sob as quais se proferiu a decisão", aplicando-se, pois, a cláusula *rebus sic standibus*[206].

Ainda sobre a eficácia da decisão no controle concreto de constitucionalidade no âmbito do direito coletivo, cumpre registrar que é admissível o controle difuso de constitucionalidade por meio da ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 7.347/85, caso em que apenas surte efeitos entre as partes, a fim de evitar a usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, de modo que não se admite o controle de constitucionalidade em ação civil pública protegendo direitos coletivos e difusos, mas apenas tutelando direitos individuais homogêneos, considerando que:

> A posição do Supremo Tribunal Federal é sobejamente clara. Para ilustrar, mencionemos sua jurisprudência no campo dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.
> Ao mesmo tempo que o Pretório Excelso inadmite ação civil pública protegendo direitos coletivos e difusos em sede de ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado e efeitos erga omnes), aceita, sem tergiversar, o uso da ação civil pública para garantir, no caso concreto, a tutela de direitos individuais homogêneos (controle difuso e efeitos inter partes) (STF, Pleno, Recl. 5 97/SP, Rei. Min. Marco Aurélio, Rei. pi acórdão Min. Néri da Silveira, j. e m 3-9- 1997)[207].

[205] LOPES, Cynthia de Araújo Lima. Mandado de injunção como única saída viável para o suprimento das omissões inconstitucionais. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo, n. 95, fev., 2011, p. 25-26.
[206] CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Efeitos da decisão no mandado de injunção: perspectivas. **Revista dialética de direito processual**, n. 104, nov., 2011, p. 98.
[207] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 207-208.

Assim, em relação às demandas coletivas *lato sensu*, a doutrina e a jurisprudência se posicionam no sentido de que a ação civil pública ou coletiva não é sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, não sendo cabível a utilização da "ação civil pública ou coletiva para atacar, em caráter abstrato, os efeitos *erga omnes*, atuais e futuros, de uma norma supostamente inconstitucional", porque não poderia o juiz singular invadir a competência dos tribunais competentes para declarar a inconstitucionalidade em tese[208].

Contudo, diferentemente do que ocorre no caso da ação civil pública, o controle concreto por meio do mandado de injunção efetuado diretamente pelo STF afasta a alegação de usurpação da competência da Corte Constitucional.

Saliente-se que a coisa julgada, que corresponde à imutabilidade dos efeitos da sentença, "alcança apenas o dispositivo da sentença, não os motivos nos quais se baseou". No caso dos direitos difusos, a coisa julgada será *erga omnes*, exceto se a improcedência decorrer de falta de provas, hipótese em que poderá ser proposta ação com base em prova nova; tratando-se de interesses coletivos, será *ultra partes*, limitadamente ao grupo, categoria ou classe de lesados, salvo se a improcedência decorrer de falta de provas, hipótese em que poderá ser proposta ação com base em prova nova; a coisa julgada em relação aos direitos individuais homogêneos será *erga omnes* só em caso de procedência, beneficiando vítimas e sucessores. As expressões *erga omnes* (contra todos) ou *ultra partes* (além das partes) representam formas de "ampliação subjetiva da imutabilidade sentença" e distinguem-se porque na coisa julgada *erga omnes* a imutabilidade da sentença alcança todo o grupo social, enquanto na coisa julgada *ultra partes* a imutabilidade alcança o grupo, categoria ou classe de lesados[209].

A aplicação da noção de coisa julgada no direito coletivo ao mandado de injunção coletivo traz um questionamento acerca na natureza do bem tutelado no mandado de injunção (se se trata de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo), inclusive com destaque para o improvável julgamento de improcedência no mandado de injunção por falta de provas.

---

[208] MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140-144.

[209] MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 559 e 563-566.

Ademais, deve-se verificar que a coisa julgada *erga omnes* não se confunde com o efeito vinculante, o qual enseja reclamação, nem com a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes (*ratio decidendi*), porque a coisa julgada *erga omnes* corresponde à imutabilidade que alcança apenas o dispositivo da sentença, não a sua fundamentação.

4 **PERSPECTIVAS ATUAIS DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO**

4.1 A TENTATIVA DE REGULAMENTAÇÃO DA EFICÁCIA DA DECISÃO EM MANDADO DE INJUNÇÃO: PROJETOS DE LEI E PROPOSTAS DE EMENDA CONSTITUCIONAL

Diante da problemática dos efeitos da decisão que concede a injunção, foram apresentados vários projetos de lei com o objetivo de regulamentar o mandado de injunção, a exemplo do PL nº 6.002/90 e do PL nº 6.128/09, bem como há autores que apontam a necessidade de propositura de emenda constitucional para cuidar do assunto ou mesmo aqueles que entendem ser desnecessária qualquer regulamentação da referida garantia constitucional.

Recentemente, em 24/03/15, o plenário da Câmara dos Deputados aprovou o PL nº 6.128/09, determinando a remessa da matéria para análise pelo Senado Federal. Os arts. 9º, 10, 11 e 13 do referido projeto de lei tratam da eficácia da decisão em mandado de injunção coletivo e individual, prevendo o seguinte[210]:

> Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.
> §1º Poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração.
> §2º Transitada em julgado a decisão, os seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.
> §3º O indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios.
>
> Art. 10 Sem prejuízo dos efeitos já produzidos, a decisão poderá ser revista, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito.
> Parágrafo único. A ação de revisão observará, no que couber, o procedimento estabelecido nesta Lei.
>
> Art. 11 A superveniente norma regulamentadora produzirá efeitos ex nunc em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.
> Parágrafo único. Ficará prejudicada a impetração se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito.

[210] Disponível em: <https://www.fesmpmg.org.br/novo/noticias/718/Câmara-dos-Deputados-aprova-PL-que-regulamenta-mandado-de-injunção>. Acesso em: 05/08/15.

> Art. 13 No mandado de injunção coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, grupo, classe ou categoria substituídos pelo impetrante, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 9º.
> Parágrafo único. O mandado de injunção coletivo não induz litispendência em relação aos individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva.

A redação dos referidos dispositivos indica que o referido projeto adota a tese de eficácia limitada às partes como regra, porque a decisão em mandado de injunção individual atinge o impetrante e, em mandado de segurança coletivo, atinge as pessoas integrantes da coletividade, grupo, classe ou categoria substituídas pelo impetrante. Ademais, prevê a possibilidade de a decisão ser estendida a todos quando a eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração, bem como a possibilidade dos efeitos da decisão serem estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

Sobre o assunto, Flávia Piovesan e Maria Cecília Chaddad, após mencionar que o PL nº 6.128/09 adota a corrente concretista individual nos arts. 9º e 11, destacam que

> se aprovado, o PL n. 6.128/2009 traria a relevante possibilidade de ampliação da eficácia (ultra partes ou erga omnes), "quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração" (art. 9º, § 1º). Esta possibilidade não foi prevista no substitutivo ao PL n. 6.002/90[211].

Elival da Silva Ramos também entende que o PL nº 6.128/09 conferiu tratamento adequado à matéria atinente aos efeitos das decisões de procedência em mandado de injunção, considerando que o seu art. 9º, caput, acolhendo a orientação consagrada no MI 721, estabeleceu, como regra, a eficácia subjetiva *inter partes* dessas decisões. Ademais, "por economia processual e em consonância com a tendência de ampliação da competência decisória dos Ministros-relatores, estabeleceu-se que 'transitada em julgado a decisão, os seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator'"[212].

Em sentido diverso, Marcelo Casseb Continentino explica que o caput do art. 9º do PL nº 6.128/09 adota a tese concretista individual e que o § 1º do referido artigo prevê regra de exceção, em que todos os casos podem ser enquadrados, para permitir a atribuição de eficácia geral (*erga omnes*). Afirma que o referido § 1º deveria ser suprimido, por ser incompatível com a índole do mandado de injunção, já que desvirtua a natureza

[211] PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da decisão em Mandado de Injunção. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (organizadores). **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 459.
[212] RAMOS, Elival da Silva. Mandado de Injunção e Separação dos Poderes. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (organizadores). **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 251.

subjetiva do referido instrumento ao transformá-lo em procedimento voltado à proteção da ordem constitucional objetiva, e porque a finalidade de conferir tratamento isonômico e geral pode ser alcançada pela aplicação do § 2º do mesmo artigo. Ressalta, ainda, a possibilidade do STF editar súmula vinculante[213].

Para o referido autor, "o Substitutivo do Deputado Antônio Carlos Biscaia PL nº 6.002/1990, ao qual se apensou o PL nº 6.128/2009", apresenta-se "mais condizente com a natureza do mandado de injunção", ao adotar no seu art. 11 a teoria concretista individual[214].

O PL nº 6.002/90 tinha sido aprovado pelo Senado Federal e encontrava-se pendente de apreciação pela Câmara dos Deputados. Tratava-se de projeto simples, que estabelecia algumas regras especiais para o mandado de injunção e, no mais, determinava a aplicação subsidiária do CPC e da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009). Dentre as regras especiais, destacavam-se as seguintes: a) o mandado de injunção coletivo pode ser impetrante também pelo Ministério Público, além da legitimidade ativa das pessoas jurídicas indicadas no art. 5º, LXX, da Constituição; b) vedação de medida liminar; c) concessão de prioridade de tramitação do mandado de injunção sobre outros processos, salvo o *habeas corpus* e o mandado de segurança; d) isenção de custas e honorários advocatícios; d) possibilidade de o Judiciário suprir a falta de norma regulamentadora, com eficácia *inter partes*, até que o órgão ou autoridade supra a lacuna[215].

Importante destacar que, em 24/03/2015, em face da aprovação do PL nº 6.128/2009, o PL nº 6.002/90 foi declarado prejudicado, tendo sido, por conseguinte, arquivado[216].

Assim, caso o PL nº 6.128/2009 seja aprovado com a manutenção da previsão de possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* em mandado de injunção, eventualmente a respectiva lei pode vir a ser o objeto de controle de constitucionalidade, porque, como já dito, parte da doutrina entende que essa possibilidade ofende a separação de poderes, o princípio democrático e a exigência de edição de súmula vinculante. Haveria então

---

[213] CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Efeitos da decisão no mandado de injunção: perspectivas. **Revista dialética de direito processual**, n. 104, nov., 2011, p. 96-97.

[214] CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Efeitos da decisão no mandado de injunção: perspectivas. **Revista dialética de direito processual**, n. 104, nov., 2011, p. 98.

[215] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 33ª ed. de acordo com a Lei n. 12.016/2009 com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 336-337.

[216] Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21268>. Acesso em: 05/08/15.

de se indagar se o STF consideraria inconstitucional a possibilidade de atribuição de *erga omnes* em mandado de injunção, mesmo já tendo adotado a tese concretista geral no julgamento dos MI's 670, 708 e 720.

Destaque-se que a previsão contida no § 2º do art. 9º do PL nº 6.128/09 de possibilidade de extensão dos efeitos da decisão aos casos análogos por decisão monocrática do relator constitui um posicionamento já adotado pelo STF no julgamento do MI nº 795-1/DF[217], pois, no referido julgado, a Corte, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Ministro Joaquim Barbosa, "autorizou que os Ministros decidam monocrática e definitivamente os casos idênticos".

Se, por um lado, existe a tentativa de regulamentar o mandado de injunção por meio da edição de lei, por outro lado há autores que apontam a necessidade de propositura de emenda constitucional para explicitar o objetivo da injunção.

Luiz Alberto Gurgel de Faria entende que o texto constitucional deveria tornar mais explícita a finalidade da injunção e que, para tanto, poderia ser acolhida proposição formulada na Comissão Especial criada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (ao oferecer parecer à proposta de Emenda Substitutiva que trata da Reforma do Judiciário), a qual possui a seguinte redação:

> LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, destinando-se o provimento judicial a suprir a norma para o interessado, no âmbito do pedido, enquanto não editada pela autoridade ou órgão competente[218].

Assim, para o referido autor, ao ser explicitada no texto constitucional a finalidade da injunção, deve ser alterada a questão da competência, a fim de estabelecer que as ações de injunção sejam julgadas por juízes de primeira instância. Isso porque, "se a finalidade da injunção é possibilitar a fruição de direitos, o polo passivo deve ser ocupado por

---

[217] EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR A DISCIPLINAR A MATÉRIA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. 1. Servidor público. Investigador da polícia civil do Estado de São Paulo. Alegado exercício de atividade sob condições de periculosidade e insalubridade. 2. Reconhecida a omissão legislativa em razão da ausência de lei complementar a definir as condições para o implemento da aposentadoria especial. 3. Mandado de injunção conhecido e concedido para comunicar a mora à autoridade competente e determinar a aplicação, no que couber, do art. 57 da Lei n. 8.213/91. (MI 795, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/04/2009, publicado em 22/05/2009, Tribunal Pleno)

[218] FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **Controle da constitucionalidade na omissão legislativa**: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos. Curitiba: Juruá, 2001, p. 104-105.

quem esteja obstaculizando-os, não havendo motivo para a integração à lide do órgão ou autoridade inerte"[219].

Ressalte-se que a Reforma do Judiciário foi promovida pela Emenda Constitucional nº 45/04 e não houve a aprovação da proposta acima mencionada.

No mesmo sentido da proposta acima mencionada, Luís Roberto Barroso explica que o mandado de injunção "tornou-se uma complexidade desnecessária", porque mais simples seria a "atribuição, ao juiz natural do caso, da competência para a integração da ordem jurídica". Por isso, o referido autor aponta uma proposição que poderia servir de proposta de emenda constitucional, que dá nova redação ao § 1º, do art. 5º, da Constituição e extingue o mandado de injunção, nos seguintes termos:

> § 1º. As normas definidoras de direitos subjetivos constitucionais têm aplicação direta e imediata. Na falta de norma regulamentadora necessária ao seu pleno exercício, formulará o juiz competente a regra que regerá o caso concreto submetido à sua apreciação, com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito[220].

A proposta acima mencionada, que prioriza o raciocínio jurídico analógico, é considerada válida por Cláudio Pereira de Souza Neto, porque, se o legislador já elaborou preceito semelhante, "por razões de legitimação democrática, deve o Judiciário provisoriamente aplicar a legislação análoga, fazendo as correções devidas. É justamente o que decidiram os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau nos seus votos proferidos nos MI nº 670 e 712"[221].

Na verdade, a proposta acima indicada por Barroso de nova redação ao § 1º, do art. 5º, da Constituição traz à tona uma questão de relevante importância e complexidade, que merece maior aprofundamento, já que o juiz não pode se escusar de julgar um caso que lhe é apresentado em razão da ausência de lei, pois "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito", conforme o disposto no art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro). Assim, independentemente do ajuizamento de mandado de injunção, havendo pedido expresso, poderia o juiz suprir omissão inconstitucional, ou o pedido de suprimento de omissão inconstitucional somente pode ser efetuado pela via do mandado de injunção? Tal

---

[219] FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **Controle da constitucionalidade na omissão legislativa**: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos. Curitiba: Juruá, 2001, p. 105 e 107.
[220] BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2ª ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 197-198.
[221] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. **Boletim de direito administrativo**, ano 23, n. 7, julho, 2007, p. 803.

questionamento merece ser objeto de estudo, mas pela, sua complexidade, não pode ser objeto de reflexão neste trabalho.

Sobre o assunto, reconhecendo a desnecessidade de regulamentação do mandado de injunção, Rodrigo de Oliveira Kaufmann explica que a aproximação da atividade judicante da legiferante não é novidade, porque as normas constitucionais possuem conteúdo indefinido "que exigem atividade inovadora para torná-las aplicáveis" e o direito constitucional possui a relevante função "de auxiliar na consolidação do processo democrático", de modo que o mandado de injunção não deveria ser entendido como ação judicial com os típicos limites objetivos (processuais), mas sim como "poder-atribuição" da Corte, numa visão político-constitucional que remete o "tema ao ramo da política constitucional, atribuindo-lhe abertura e liberdade, identificando melhor o problema ao não aplicar uma visão radicalizada à omissão", até mesmo porque "para que haja ativismo, é preciso haver omissão legislativa". Assim, o mandado de injunção representaria poder-atribuição do STF que pode ser exercido por "qualquer meio processual, desde que se paute no esforço de tornar viável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais"[222].

Apesar da ausência de regulamentação, o mandado de injunção já representa um possível modelo a ser seguido por outros ordenamentos. Nesse sentido, o português Carlos Blanco de Morais afirma que a prática desenvolvida no Brasil na última década criou "um dos 'modelos' de direito comparado mais 'avançados' na tutela das omissões inconstitucionais absolutas", embora tal prática levante objeções em relação ao regime de eficácia das normas constitucionais, ao princípio da separação de poderes e ao princípio do equilíbrio orçamental[223].

4.2 A ABSTRATIVIZAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO COMO MAIS UM EXEMPLO DE OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

[222] KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Mandado de Injunção como Poder-Atribuição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (organizadores). **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 300-302, 310-311, 317-319 e 329.

[223] MORAIS, Carlos Blanco de. O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo, ano 20, vol. 78, jan./mar., 2012, p. 153.

Atualmente, costuma-se afirmar que, no nosso sistema, houve a objetivação do controle difuso/concreto de constitucionalidade. Isso indica a aproximação entre o controle difuso e o abstrato, já que, a princípio, a eficácia geral no controle concreto/difuso somente poderia ser obtida de forma excepcional, mediante a suspensão total ou parcial, por meio de resolução do Senado Federal, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal.

Essa tendência de objetivação ou abstrativização do controle difuso/concreto de constitucionalidade tornou-se evidente a partir do julgamento em Plenário da Reclamação constitucional nº 4.335 e teve como precursor o discurso de Gilmar Mendes sobre a ocorrência de mutação constitucional em relação ao disposto no art. 52, X, da CF.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes destacou que o referido dispositivo constitucional, diante da ocorrência do fenômeno da mutação constitucional, passou a indicar que a decisão do STF em controle difuso de constitucionalidade tem eficácia geral e que o Senado Federal deve ser comunicado apenas para que publique a decisão (efeito de publicidade). Deve-se destacar que um dos fatores preponderantes à tese da abstrativização é o crescente volume recursal e a consequente sobrecarga do STF.

Registre-se que o STF, por maioria, conheceu e julgou procedente a Reclamação constitucional nº 4.335, ajuizada pela Defensoria Pública da União em face de decisão proferida no Habeas Corpus nº 82.959, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes. Restaram vencidos os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que não conheciam a reclamação constitucional, mas concediam o *habeas corpus* de ofício.

Com efeito, no julgamento do HC nº 82.959, o STF, considerando o princípio da individualização da pena, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que determinava o cumprimento da pena em regime integralmente fechado para os condenados por crimes hediondos. Eis a ementa do referido julgado:

> EMENTA: PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a

> inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795).

Já no julgamento da Reclamação constitucional nº 4.335, o STF estendeu os efeitos da decisão proferida no HC nº 82959 a outros condenados por crime hediondo. O Ministro Relator deferiu o pedido liminar, nos seguintes termos (destaques inseridos):

> DECISÃO: Trata-se de reclamação, ajuizada por VALDIR PERAZZO LEITE, em face de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de ODILON ANTONIO DA SILVA LOPES, ANTONIO EDINEZIO DE OLIVEIRA LEÃO, SILVINHO SILVA DE MIRANDA, DORIAN ROBERTO CAVALCANTE BRAGA, RAIMUNDO PIMENTEL SOARES, DEIRES JHANES SARAIVA DE QUEIROZ, ANTONIO FERREIRA DA SILVA, GESSYFRAN MARTINS CAVALCANTE, JOÃO ALVES DA SILVA E ANDRÉ RICHARDE NASCIMENTO DE SOUZA. Os condenados apontados pelo reclamante cumprem penas de reclusão em regime integralmente fechado, em decorrência da prática de crimes hediondos. Com base no julgamento do HC nº 82.959, que reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2o da Lei 8.072/1990 ("Lei dos Crimes Hediondos"), que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos, solicitou o reclamante ao Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais fosse concedida progressão de regime aos apenados relacionados acima, que indeferiu os pedidos de progressão de regime, sob a alegação de vedação legal para admiti-la e o seguinte argumento: " (...)**conquanto o Plenário do Supremo Tribunal, em maioria apertada (6 votos x 5 votos), tenha declarado incidenter tantum a inconstitucionalidade do art. 2o, § 1o da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos), por via do Habeas Corpus n. 82.959, isto após dezesseis anos dizendo que a norma era constitucional, perfilho-me a melhor doutrina constitucional pátria que entende que no controle difuso de constitucionalidade a decisão produz efeitos inter partes.**"(fl.23-24). (...) **Quanto à decisão do STF de declarar inconstitucional o artigo da Lei 8.072/90 que veda a progressão de regime de cumprimento de pena para condenados por crimes hediondos e equiparados, é pacífico que, tratando-se de controle difuso de constitucionalidade, somente tem efeitos entre as partes. Para que venha a ter eficácia para todos é necessária a comunicação da Corte Suprema ao Senado Federal, que, a seu critério, pode suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da CF).** (...) **O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 30-31, opinou pelo não conhecimento do pedido, em virtude de inexistir decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal cuja autoridade deva ser preservada**, e, portanto, ser manifestamente descabida a presente reclamação. Passo a decidir. **A possibilidade de progressão de regime em crimes hediondos foi decidida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento HC no 82.959-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, (acórdão pendente de publicação). Nessa assentada, ocorrida na sessão de 23.02.2006, esta Corte, por seis votos a cinco, reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2o da Lei 8.072/1990 ("Lei dos Crimes Hediondos"), que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos.** (...) **Em sessão do dia 07.03.2006, a 1ª Turma, ao apreciar a Questão de Ordem no HC no 86.224-DF, Rel. Min. Carlos Britto, admitiu a possibilidade de julgamento monocrático de todos os habeas corpus que versem exclusivamente sobre o tema da progressão de regime em crimes hediondos. Em idêntico sentido, a 2a Turma, ao apreciar a Questão de Ordem no HC no 85.677-SP, de minha relatoria, em sessão do dia 21.03.2006, reconheceu também a possibilidade de julgamento monocrático de todos os habeas corpus que se encontrem na mesma situação específica.** Tendo em vista que a situação em análise envolve direito de ir e vir, vislumbro, na espécie, o atendimento dos requisitos do art. 647 do CPP, que autorizam a concessão de habeas corpus de ofício,

> "sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir **(...)." Nestes termos, concedo medida liminar, de ofício, para que, mantido o regime fechado de cumprimento de pena por crime hediondo, seja afastada a vedação legal de progressão de regime, até o julgamento final desta reclamação.** (...) Comunique-se com urgência. Publique-se. Brasília, 21 de agosto de 2006. Ministro GILMAR MENDES Relator (Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 21/08/2006, publicado em DJ 25/08/2006 PP-00076)

Ademais, após o julgamento da Reclamação constitucional nº 4.335, foi editado o Informativo nº 739, com o seguinte teor:

> INFORMATIVO Nº 739
> TÍTULO
> Reclamação: cabimento e Senado Federal no controle da constitucionalidade - 13
> PROCESSO
> Rcl - 4335
> ARTIGO
> O relator considerou que, em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/1999, alterara-se de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de Poderes, e seria comum no sistema a decisão com eficácia geral, excepcional sob a EC 16/1965 e a CF/1967. Salientou serem inevitáveis, portanto, as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. **Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado haveria de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarasse, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão teria efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publicasse a decisão no Diário do Congresso**. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 20.3.2014. (Rcl-4335)

Saliente-se que, em 23/12/09, foi publicada a Súmula Vinculante nº 26 acerca da progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, cujo teor indica o seguinte:

> Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

A partir do julgamento da Reclamação constitucional nº 4.335, foram reforçados inúmeros instrumentos processuais de objetivação do controle: a) a criação da súmula vinculante permite a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante de decisão do STF proferida em processo individual, o que indica a aproximação dos efeitos do controle concreto aos do abstrato; b) a adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença proferida no controle difuso de constitucionalidade, havendo uma ampliação da coisa julgada objetiva, pois a eficácia vinculante, diante de tal teoria, alcança não apenas a parte dispositiva como também os fundamentos que embasaram a decisão; c) a flexibilização

do princípio da reserva de plenário, diante da introdução do parágrafo único do art. 481 do CPC, também reforça a tese de aproximação entre os sistemas difuso/concreto e concentrado/abstrato; d) a exigência de repercussão geral (art. 102, § 3º, CF) para fins de admissibilidade do recurso extraordinário indica que houve a objetivação do recurso extraordinário[224].

Enfim, vários fatores, a exemplo também da aplicação analógica do art. 27 da Lei nº 9.868/99 ao controle concreto, indica que o nosso "controle de constitucionalidade não é necessariamente difuso e concreto, podendo hoje ser difuso e abstrato, e que a tendência legislativa e jurisprudencial é reduzir o âmbito de alcance e atuação do controle de constitucionalidade difuso, seja ele em efeito concreto ou em abstrato". O controle difuso possibilita uma "maior participação democrática dos cidadãos no controle de constitucionalidade das leis", mas, por outro lado, "o efeito vinculante do controle concentrado e as súmulas vinculantes não podem ser vistos como mal absoluto" porque garantem a isonomia das decisões do Poder Judiciário[225].

Ademais, o STF, em diversos casos, vem atribuindo eficácia geral à decisão proferida no âmbito do controle concreto. Assim, no julgamento do HC nº 111.840[226],

---

[224] BARACHO, Luiz Fernando; COSTA, Luciana da Silva; SANTOS, Amílcar Reis Alves dos; TEIXEIRA, Victor Franco Álvaro; TEIXEIRA, Ysis Pereira. **A objetivação do controle difuso de constitucionalidade**. Disponível em: <jus.com.br/artigos/29402/a-objetivação-do-controle-difuso-de-constitucionalidade>. Acesso em: 18/07/14.

[225] GONÇALVES, Nicole P. S. Mader. As transformações discretas do controle de constitucionalidade difuso e concreto: uma realidade que precisa ser reconhecida e refletida. **A&C Revista de direito administrativo e constitucional.** Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jan./mar., 2009, p. 98-101.

[226] EMENTA Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (HC

reiterando o entendimento firmado no julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.335, o STF reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. "Outros casos emblemáticos se evidenciaram pelos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, relativo ao direito de greve dos servidores públicos. O efeito dado a eles foi *erga omnes*" [227].

Anderson Ricardo Gomes afirma que "a validade constitucional da tese da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade depende da aferição da legitimidade da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal". O referido autor entende que é ilegítima tal mutação constitucional na medida em que proposta extrapola os limites constitucionais impostos para sua validade, pois:

> a mencionada mutação constitucional, ao atribuir à redação do inciso X do art. 52 da Constituição (cuja literalidade prescreve que compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal) o sentido que a resolução do Senado Federal somente tem o efeito de dar publicidade aos cidadãos acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou definitivamente a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, não obedece às possibilidades semânticas da norma constitucional citada.
> Isso porque, dos vários sentidos linguísticos que podem ser extraídos do dispositivo constitucional, nenhum permite a conclusão de que não é ao Senado Federal que compete determinar a suspensão do ato normativo inconstitucional. Pelo contrário, a Constituição Federal possui dispositivo expresso exigindo a intervenção do Senado Federal para que se dê efeito erga omnes à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal de inconstitucionalidade, e que não foi objeto de qualquer modalidade de alteração formal apta a embasar o sentido buscado por aqueles autores[228].

Assim, a despeito da orientação do STF, muitas são as críticas à objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade.

A teoria do controle de constitucionalidade sempre se posicionou no sentido de que a decisão proferida no controle concreto de constitucionalidade seria dotada de eficácia *inter partes*, havendo a possibilidade de o Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da CF/88, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Todavia, no âmbito do controle concreto das omissões, é impossível essa atuação do Senado Federal porque inexiste lei. Ademais, a referida teoria explica que a

---

111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013)

[227] BARACHO, Luiz Fernando; COSTA, Luciana da Silva; SANTOS, Amílcar Reis Alves dos; TEIXEIRA, Victor Franco Álvaro; TEIXEIRA, Ysis Pereira. **A objetivação do controle difuso de constitucionalidade**. Disponível em: <jus.com.br/artigos/29402/a-objetivação-do-controle-difuso-de-constitucionalidade>. Acesso em: 18/07/14.

[228] GOMES, Anderson Ricardo. **Crítica à tese da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CC0QFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F9009223&ei=zN_5U72GPMXmsASyh4D4Bg&usg=AFQjCNE9MbJdISv4hdCpv6ePBBwUNgmerA&bvm=bv.73612305,d.cWc>. Acesso em: 24/08/14.

decisão com eficácia *erga omnes*, no âmbito do controle de constitucionalidade, é proferida apenas por meio das ações do controle abstrato, cuja legitimação ativa é restrita aos legitimados indicados no texto constitucional.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso entende que, "no mandado de injunção, compete ao Judiciário suprir a omissão normativa, formulando para o caso concreto, e com efeito apenas *inter partes*, a regra integrativa do comando constitucional"[229].

Por outro lado, Thomás Raimundo Brito entende que a decisão em mandado de injunção deve garantir o exercício concreto do direito ao impetrante, podendo, excepcionalmente, ser *erga omnes* o efeito da decisão, "quando o exercício do direito não variar de acordo com as características particulares e as ações injuncionais posteriores tiverem o mesmo desiderato daquela que constitui o *leading case*"[230].

Cumpre asseverar que a possibilidade de concretização do direito com eficácia *erga omnes* em mandado de injunção conduz ao esvaziamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, já que aquele instrumento pode ser ajuizado por qualquer lesado e passa a possuir maior eficácia e amplitude que a ADO, porque tem o objetivo de viabilizar o exercício do direito, não apenas de declarar a omissão inconstitucional.

A adoção da teoria concretista geral em mandado de injunção e a consequente atribuição de eficácia geral à decisão proferida no referido mecanismo de controle concreto é objeto de crítica, prevalecendo na doutrina a afirmação de que "a corrente jurídica sobre os efeitos do mandado de injunção mais condizente com a ordem constitucional vigente no país é a concretista individual direta"[231].

Com efeito, o posicionamento do STF, firmado no julgamento dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, relativos ao direito de greve dos servidores públicos, representa mais um exemplo de objetivação do controle concreto de constitucionalidade. O STF vem atribuindo eficácia geral à decisão proferida no âmbito do

[229] BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 97.
[230] BRITO, Thomás Raimundo. Mandado de Injunção: a alvissareira possibilidade de modificação do entendimento do STF e a necessidade de concreção das normas constitucionais. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga; TAVARES, André Ramos (coordenadores). **Constitucionalismo**: os desafios no terceiro milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 483.
[231] NASCIMENTO, Fernanda Santos. Efeitos do mandado de injunção. **Conteúdo jurídico**, Brasília-DF: 01 de abr., 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42719&seo=1>. Acesso em: 17/07/14.

controle concreto, como ocorreu no julgamento do HC nº 111.840 e da Reclamação constitucional nº 4.335, como já mencionado.

Essa atuação do STF merece reflexão crítica, pois atribuir eficácia geral por meio de instrumento de controle concreto pode representar ofensa ao devido processo constitucional, seja pelo disposto no art. 52, X, da CF, seja porque, para atribuir eficácia *erga omnes* no âmbito do controle concreto, há o mecanismo da súmula vinculante. Contudo, não é tão simples também admitir o uso da súmula vinculante no âmbito do mandado de injunção, pois, de qualquer modo, a Corte Superior atua não apenas como intérprete mas também como legislador paralelo.

O mandado de injunção, instrumento do controle de constitucionalidade sobre o caso concreto, está passando por uma reformulação de interpretação, pois o STF sempre se posicionou no sentido de que não poderia atuar como legislador positivo, indicando uma solução positiva no mandado de injunção, porque essa função é atribuída ao Poder Legislativo. Contudo, o julgamento dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712 indica "o direcionamento de mais um instrumento de controle para o caso concreto em um instrumento de controle de constitucionalidade abstrato, haja vista a aplicação de efeitos *erga omnes*", assim como o que aconteceu em relação à necessidade de repercussão geral para conhecimento do recurso extraordinário, à modulação de efeitos da decisão em controle difuso, ao instituto da mutação constitucional e à aplicação da teoria dos motivos determinantes. "De fato, hoje não há mais uma separação nítida entre esses dois modelos de controle, o que está ocorrendo é uma aproximação entre eles"[232].

Sobre o assunto, Luciana Nogueira Nóbrega afirma que, "nos últimos anos, recentes alterações legislativas e jurisprudenciais têm provocado inserção de traços característicos do processo objetivo no âmbito do controle difuso", aproximando cada vez mais os modelos concreto e abstrato de constitucionalidade. Segundo a referida autora, tal tendência, conhecida por "objetivação", "dessubjetivação" ou "abstrativização" do controle concreto não parece caminhar para um sistema híbrido em que se procure privilegiar o melhor do controle difuso e do concreto, mas sim caminha "para uma maior expressão do controle concentrado, literalmente concentrado nas mãos do Supremo Tribunal Federal". Preocupada com a questão da concentração de poderes no STF, a autora alerta a necessidade de reflexão:

[232] MARQUES, Lorena Bezerra. **Abstrativização do controle difuso-concreto de constitucionalidade** (O Papel do Senado Federal diante da teoria da transcendência dos motivos determinantes). Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/199/Monografia_Lorena%20Bezerra%20Marques.pdf?sequence=1>. Acesso em: 03/08/2014.

> sobre os mecanismos de participação da sociedade civil no âmbito do controle concentrado e difuso exercido pelo Supremo Tribunal Federal, tornando as decisões proferidas mais legítimas e democráticas. Para tanto, é necessário construirmos uma relação mais estreita, de co-implicação, entre democracia e controle de constitucionalidade[233].

Desse modo, a abstrativização dos efeitos do mandado de injunção evidenciada no julgamento dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, relativos ao direito de greve dos servidores públicos, representa um exemplo de objetivação do controle concreto de constitucionalidade.

4.3 A OBJETIVAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO E SUA RELAÇÃO COM A ADOÇÃO DA TEORIA DO PRECEDENTE VINCULANTE

A formação de uma jurisprudência com força precedente é observada no sistema da *common law*. Para as teses tradicionais desse direito consuetudinário, a decisão judicial não cria o direito, apenas o declara através dos "costumbres prolongadas e inmemoriales", como afirma Blackstone, ou também pelos costumes "actuales", acrescentados por Carter. Por uma nova perspectiva, o *common law* é o direito constituído pelas sentenças judiciais, o juiz é o criador do direito[234].

Diante de um caso concreto, o juiz do sistema *common law* tem como principal fonte normativa as sentenças anteriormente dadas por outros juízes nos casos similares. Por isso a afirmação no sentido de que esse sistema é um "direito de origem judicial". Assim, em casos de natureza similar, o juiz deve tomar como base para a sua decisão as sentenças precedentes. Esse dever provém do princípio do *stare decisis*[235].

Nos últimos anos, é fácil perceber um aumento de influências recíprocas entre os sistemas *common law* e *civil law*, considerando que "as normas legais ganham cada

---

[233] NÓBREGA, Luciana Nogueira. **Novas tendências acerca do controle difuso de constitucionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3718.pdf>. Acesso em: 03/08/2014.

[234] CUETO RÚA, Julio César. **El "common law"**: su estructura normativa su enseñanza. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 37.

[235] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2001, p. 240. A doutrina do *stare decisis*, que determina a força vinculante dos precedentes judiciais, tem como preceitos fundamentais os seguintes pontos: os tribunais inferiores estão obrigados a respeitar as decisões dos superiores; o juiz pode levar em consideração toda decisão relevante de qualquer tribunal; o que vincula no precedente é sua *ratio decidendi* (o princípio geral de direito); o precedente nunca perde sua vigência.

vez mais importância no regime do *common law*, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no direito de tradição romanística"[236].

A "grande distinção entre os sistemas da *common law* e da *civil law* está na fonte do direito", pois enquanto para o nosso sistema romano-germânico a lei é a principal fonte do direito, para o sistema da *common law* a jurisprudência se encontra na posição principal dentre as fontes jurídicas. "Dessa forma, quando se afirma que ocorre uma *commonlawlização* do direito nacional, se quer dizer que há um a tendência a valorizar a jurisprudência criativa como fonte de direito", especialmente por causa dos chamados efeitos vinculantes ou efeitos *erga omnes* outorgados a certas decisões[237].

Sobre o assunto, importante mencionar as conclusões da pesquisa de Claudinei J. Göttems e Rodrigo Lanzi de M. Borges sobre influência da *common law* no sistema jurídico brasileiro, em face da adoção da súmula vinculante:

> Cremos que não repousam dúvidas sobre o poder criativo-normativo dos Juízes. Não se trata, como afirmado, de invasão de competência ou de violação da separação dos poderes, mas, sim, em assegurar a própria evolução do Estado Democrático de Direito e a consolidação da democracia.
> Neste cenário, o Poder Judiciário exerce papel de fundamental importância, havendo de garantir, igualitariamente, a aplicação do direito aos jurisdicionados em geral.
> A súmula vinculante, na forma como fora contemplada pela Emenda Constitucional, representa um primeiro passo a ser dado a caminho da efetividade da prestação jurisdicional. Servirá como experiência. Em que pese as críticas acerca da necessária democratização do STF, certo é que, bem utilizada, a teoria do precedente constitucional vinculante poderá se traduzir na efetividade do processo daqueles que se vêm, muitas vezes, obrigados a percorrer a dolorosa via crucis para chegar a apreciação de seus argumentos em sede constitucional para, somente então, ter assegurado seu direito que já era entendimento pacífico na Corte.
> Necessário será, porém, que comecemos a pensar na formação democrática do Tribunal Excelso, ou a criação de uma Corte Constitucional pura, para que se evitem possíveis distorções na interpretação jurídica das leis e normas sob a influência de decisões políticas.
> Poderá o precedente judicial contribuir para a celeridade e efetividade do processo, reduzindo tempo e dinheiro para que seja assegurado ao jurisdicionado a prestação jurisdicional[238].

Outros mecanismos processuais também refletem a influência da *common law* no sistema jurídico brasileiro. Jordão Violin aponta "que já existe no ordenamento brasileiro um sistema precedentalista, inteiramente estruturado", cujas bases "estão no artigo

---

[236] REALE, Miguel**. Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 142-143.

[237] PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a common law, civil law e o precedente judicial**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>. Acesso em: 23/08/14.

[238] GÖTTEMS, Claudinei J.; BORGES, Rodrigo Lanzi de M.. **Súmula vinculante**: A influência da common law no sistema jurídico brasileiro. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CDgQFjAE&url=http%3A%2F%2Fperiodicos.ufpb.br%2Fojs%2Findex.php%2Fprimafacie%2Farticle%2Fdownload%2F4416%2F3327&ei=jXj4U63SHsj2yQT1xIGgBg&usg=AFQjCNHWdxQVY2BLHqVkzZGYk2qyL50IJw>. Acesso em: 23/08/14.

557 do CPC e na própria Constituição, que atribui ao STF e ao STJ a função de uniformizar a interpretação constitucional e da legislação federal, respectivamente". Isso porque a lei prevê a competência do relator para, em julgamento monocrático, decidir isoladamente as questões já resolvidas em precedentes, desde que estes sejam objeto de súmula ou configurem jurisprudência dominante. Para o referido autor, isso significa que:

> as decisões judiciais não necessariamente devem ser justificadas com base na lei. Os precedentes, em razão do art. 557 do CPC, podem ser fundamentos suficientes à decisão monocrática. Mais que isso, impedem que tese já assentada mediante jurisprudência dominante seja remetida ao colegiado para análise, salvo na hipótese do "agravo" do art. 557, § 1º. O objeto desse recurso, entretanto, não é reanalisar tese do próprio Tribunal ou de Tribunal Superior. Sua função consiste somente em averiguar se o caso em apreço realmente é idêntico àquele da decisão-paradigma, e se de fato não há argumento novo a ensejar análise colegiada.
> O respeito aos precedentes, pois, não é somente uma necessidade prática decorrente dos princípios da igualdade e segurança jurídica. Trata-se de verdadeiro mandamento legal, até hoje mal aplicado e inexplorado em todas as suas possibilidades[239].

Na verdade, "a teoria dos precedentes não é uma novidade no Brasil, uma vez que as decisões dos Tribunais Superiores já apresentavam força persuasiva quanto aos casos concretos a serem analisados pelos juízes"[240]. A adoção do efeito vinculante às decisões proferidas no âmbito do controle abstrato e, mais recentemente, a adoção da súmula vinculante representam mecanismos de "desafogamento" do Judiciário, que permitem maior segurança jurídica aos jurisdicionados e coerência nas decisões.

As várias reformas legislativas ocorridas no nosso ordenamento nas últimas décadas, a exemplo da previsão da súmula vinculante, das súmulas impeditivas de recursos e do incremento no poder dos relatores, trouxeram institutos incomuns à tradição do *civil law*, inspirados na valorização do precedente oriundo do *common law*. Contudo, o precedente originário do *common law* observa o princípio da maleabilidade normativa, privilegiando a concretude e toda a fundamentação fática e jurídica, dinamizando o sistema jurídico, enquanto

---

[239] VIOLIN, Jordão. Julgamento monocrático pelo relator: O artigo 557 do CPC e o reconhecimento dos precedentes pelo direito brasileiro. **Processos coletivos**. Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr., 2011. Disponível em: < http://www.processoscoletivos.net/doutrina/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-04-2011-a-30-06-2011/123-julgamento-monocratico-pelo-relator-o-artigo-557-do-cpc-e-o-reconhecimento-dos-precedentes-pelo-direito-brasileiro>. Acesso em: 24/08/14.

[240] COUTINHO, Fabiana de Oliveira. **A "stare decisis" da common law: semelhanças no efeito vinculante brasileiro?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9535>. Acesso em: 23/08/14.

a súmula se caracteriza pelo seu enunciado genérico que possibilita uma desconexão com os fatos que precederam sua criação[241].

A tendência de adoção da teoria do precedente vinculante, portanto, pode ser observada pela força persuasiva das decisões dos Tribunais Superiores em relação aos casos analisados pelos juízes, pela força vinculante de decisões proferidas no âmbito do controle concreto, por diversos mecanismos processuais, pela adoção da súmula vinculante e, mais recentemente, pelas alterações introduzidas no novo Código de Processo Civil quanto à obrigatoriedade de os juízes e tribunais seguirem os precedentes.

Assim, apesar de tradicionalmente se afirmar que no sistema austríaco a decisão de inconstitucionalidade opera efeitos *erga omnes* e no sistema norte-americano possui eficácia *inter partes*, a verdade é que, nos Estados Unidos, como todos os órgãos judiciários exercem o controle de constitucionalidade e vigora o princípio do *stare decisis*, princípio típico dos sistemas de *common law*, a decisão da Suprema Corte acaba por vincular as demais instâncias, como se tivesse eficácia geral.

Nos sistemas da *common law* em que vigora o controle difuso, como nos Estados Unidos, o conflito de decisões e a insegurança jurídica foram evitados, considerando que "o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes* e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto", pois a decisão de inconstitucionalidade pela Suprema Corte "acaba, em suma, por tornar-se uma verdadeira anulação da lei, além disso, com efeito, em geral, retroativo"[242].

Desse modo, é possível afirmar que a introdução do método difuso, típico do modelo norte-americano, nos sistemas do *civil law* pode ocasionar "uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado", inconveniente que está se manifestando seriamente no Japão. Esses graves inconvenientes práticos podem ser evitados, "como foi feito na Suíça, atribuindo-se ao órgão supremo da justiça ordinária um poder de decisão que é suscetível de se estender, também, além do caso concreto e de anular, com eficácia *erga omnes*, a lei

[241] LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re)introdução da faticidade ao mundo jurídico. **Revista de processo**. São Paulo, ano 39, vol. 234, ago., 2014, p. 285-286.

[242] CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, 2ª ed., Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 80-82.

considerada inconstitucional", o que ocasiona a criação de um "sistema que está, no mínimo, a meio caminho entre o difuso e o concentrado"[243].

Diante dessas considerações, há quem afirme que o controle difuso/concreto realizado no Brasil falha porque as decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal no referido controle não produzem efeitos vinculantes ou *erga omnes*, o que prejudica a função da Corte de uniformização da jurisprudência constitucional[244].

Alexandre de Moraes explica que o art. 52, X, da CF constitui mecanismo para conceder maior eficácia ao controle difuso de constitucionalidade no Brasil, porque, "por não adotarmos a teoria dos precedentes judiciais, não raras vezes as decisões incidentais de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos pelo Supremo Tribunal Federal acabavam não sendo seguidas pelos demais órgãos judiciais e administrativos"[245].

Seguindo essa lógica, seria possível afirmar que a mutação constitucional do art. 52, X, da CF, nos moldes apontados no julgamento da Reclamação constitucional nº 4.335, aproxima nossa cultura jurídica do sistema *civil law* em relação ao sistema *common law*, por pretender adotar a teoria do precedente vinculante.

Maria Auxiliadora Castro e Camargo salienta que, no Brasil, a jurisdição constitucional não é exercida por um órgão *ad hoc* separado dos Poderes constituídos, motivo pelo qual causa espanto a nossa Corte Suprema pretender exercer atividades próprias do Constituinte ou do legislador positivo. Para a autora, a mutação constitucional do art. 52, X, da CF indicada no julgamento da Reclamação constitucional nº 4.335, "terá a consequência de tornar 'ultrapassada' a própria 'súmula vinculante' que exige quorum qualificado de dois terços (oito ministros) para sua edição", já que a declaração de inconstitucionalidade no controle concreto exercido pelo STF exige apenas o voto de seis ministros. Logicamente, "se as decisões do STF produzirem eficácia *erga omnes* no controle difuso, desnecessário será editar súmulas para alcançar a mesma finalidade". Para a referida autora, o que está

[243]CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, 2ª ed., Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 76-79.
[244] ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. Controle de constitucionalidade das leis no Brasil: a eficácia *erga omnes* em sede de controle difuso. **Revista da ESMAPE**, vol. 12, n. 26, jul./ dez., 2007, p. 244.
[245] MORAES, Alexandre de. **Separação de poderes e efeitos vinculantes e erga omnes**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-07/justica-comentada-separacao-poderes-efeitos-vinculantes-erga-omnes>. Acesso em: 24/08/14.

acontecendo não é a mera "abstrativização" do controle difuso, mas sim a "abstrativização" do próprio sistema de controle de constitucionalidade brasileiro[246].

Antônio Carlos Faustino e Marcelo dos Santos Bastos explicam que o sistema de precedentes do *stare decisis* norte-americano foi adotado no nosso ordenamento, ao afirmarem o seguinte:

> Estamos convencidos de que o *stare decisis* acaba de ser adotado na sua forma original na jurisdição constitucional brasileira, haja vista o advento da incorporação da súmula vinculante e da Repercussão Geral ao sistema de controle da constitucionalidade na via difusa.
> Aliada a essas alterações legislativas, para sepultar de vez a competência do Senado Federal na atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade no controle difuso, o Supremo Tribunal Federal dá novo sentido interpretativo ao texto do art. 52, X da CF:
> (...)
> É certo que a jurisdição constitucional caminha para a preponderância do controle concentrado, abandonando-se o sistema de livre convencimento do juiz e adotando a súmula vinculante, aproxima-se do sistema de precedentes do *stare decisis* norte-americano, esvazia-se a competência do Senado e concentra-se o poder do controle constitucional nas mãos do STF[247].

Assim, a abstrativização dos efeitos de decisões proferidas em mandados de injunção representa também a tendência da nossa cultura jurídica, firmada inclusive no novo Código de Processo Civil, de passagem do sistema *civil law* para o sistema *common law*, diante da adoção da teoria do precedente vinculante.

Apesar das diferenças entre os sistemas de controle de constitucionalidade brasileiro (positivista) e o norte-americano (*common law*), Pedro Paulo Guerra de Medeiros afirma que o "Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades tem determinado a adoção de holdings (eficácia transcendente dos motivos determinantes) em casos que lhe foram submetidos pela via concreta através de controle difuso de constitucionalidade"[248]. Em tais casos, diz-se que houve a objetivação da decisão proferida em controle difuso.

---

[246] CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. **A influência estrangeira na construção da jurisdição constitucional brasileira**. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=16&ved=0CDsQFjAFOAo&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F521908&ei=2f35U5-EBannsASugoAo&usg=AFQjCNFsZBtrbEIUO1n0HVpPLEyjMpFhEQ>. Acesso em: 24/08/14.

[247] FAUSTINO, Antonio Carlos; BASTOS, Marcelo dos Santos. **O art. 52, X, da Constituição Federal: eficácia e efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal na via do controle difuso e o papel do Senado Federal**. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-155-Antonio_Faustino_e_Marcelo_Bastos_%2852_X%29.pdf>. Acesso em: 24/08/14.

[248] MEDEIROS, Pedro Paulo Guerra de. **Considerações acerca da doutrina do stare decisis do sistema norte-americano e sua importação no sistema brasileiro**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/pedropaulomedeiros/2011/12/05/consideracoes-acerca-da-doutrina-do-stare-decisis-do-sistema-norte-americano-e-sua-importacao-no-sistema-brasileiro/>. Acesso em: 23/08/14.

Relacionando a adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso à teoria dos precedentes vinculantes, Marinoni explica que:

> Por outro lado, é pouco mais do que absurdo pensar em controle difuso da constitucionalidade sem precedentes obrigatórios. O controle de constitucionalidade coloca os juízes numa posição de supremacia em relação aos legisladores. Pergunta-se, assim, como os juízes, não eleitos, podem negar o que foi feito pelos representantes do povo. Ainda que se possa dizer, com acerto, que o Judiciário, ao controlar a constitucionalidade da lei, não nega a teoria democrática ou a vontade do povo, mas apenas controla a decisão da maioria que desborda da Constituição, é evidente que, depois de o Supremo Tribunal Federal ter se pronunciado pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade, nenhum tribunal pode decidir em sentido diverso, uma vez que, se isto pudesse acontecer, teríamos, ao final das contas, duas ou mais Constituições se digladiando e uma total deslegitimação do controle judicial da lei a partir da Constituição.
> Não é por outra razão que não se pode deixar de adotar a teoria da eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão tomada em sede de recurso extraordinário, que, bem vistas as coisas, é uma boa versão da doutrina dos precedentes obrigatórios[249].

Ademais, o novo Código de Processo Civil supervaloriza a jurisprudência, mediante a "obrigatoriedade" de os juízes e tribunais seguirem os precedentes. Essa nova técnica evita que sejam prolatadas decisões contraditórias para casos semelhantes, garantindo a segurança jurídica. Contudo, por outro lado, diminui a possibilidade de julgamento conforme o livre convencimento motivado do juiz e enfraquece o princípio da legalidade.

Sobre o assunto, Lenio Luiz Streck, em artigo publicado antes da aprovação do novo CPC, aponta que o "Capítulo XV", intitulado "Do Precedente Judicial", que determina que os tribunais "devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável", é uma das incongruências do projeto, já que, por meio de um texto infraconstitucional, é revogado o princípio constitucional da legalidade, cláusula pétrea do art. 5º, II, da Constituição. O referido autor entende que o texto do projeto opera uma ruptura histórica em nossa ordem jurídica, de passagem do sistema romano-germânico para o *common law*, pois determina que "os juízes não devem mais julgar com base na normatividade, mas, sim, de acordo com as decisões dos tribunais"[250].

Em sentido diverso, Fredie Didier Jr., participante da Comissão revisora, em entrevista sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil, concedida ao Bahia Notícias, em 27 de agosto de 2013, afirmou que o projeto (atualmente já aprovado e transformado em lei):

---

[249] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. Disponível em: <http://marinoni.adv.br/baixar.php?arquivo=files_/Confer%C3%AAncia_IAP2.pdf.>. Acesso em: 25/08/15.

[250] STRECK, Lenio Luiz. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law!** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acesso em: 21/09/2013.

> cria um sistema de força normativa dos precedentes judiciais de modo a garantir um tratamento igualitário entre pessoas que estão em situações parecidas. Ou seja, evita decisões diferentes para situações iguais. Essa dispersão do entendimento é uma coisa que acontece muito. Ele estrutura um sistema para que, uma vez consolidado um determinado entendimento nos tribunais superiores, esse entendimento tenha que ser seguido. Nada obstante seja possível rever o entendimento, mas, enquanto não for revisto, ele tem que prevalecer. Isso trata as pessoas de maneira igual, acelera o processo, desestimula os recursos. É a grande revolução que o projeto traz. A impressão que eu tenho é que o projeto foi feito para isso[251].

O princípio de universalizabilidade, tido como a exigência de os casos iguais serem tratados de modo semelhante, constitui fundamento do uso dos precedentes, porém dificilmente dois casos serão totalmente idênticos sendo necessário verificar as circunstâncias relevantes. O dever de seguir o precedente pode ser entendimento como uma questão de princípio que admite exceções e contribui também para a garantia da certeza jurídica e a proteção da confiança[252].

Destacam-se os seguintes argumentos para a autoridade dos precedentes: a) o Judiciário possui a tarefa de adequar as regras jurídicas às exigências sociais; b) o princípio da igualdade, diante da ideia de tratar as situações iguais de modo igual; c) a previsibilidade, já que o precedente deve ser respeitado; d) uma melhor eficácia da atividade decisória, porque a prática exige a obediência do precedente; e) o reforço na credibilidade externa derivado da coerência interna[253].

Enfim, a principal diferença entre o controle difuso no Brasil e o norte-americano sempre residiu na "ausência, na ordem jurídica brasileira, da adoção de um sistema de precedentes vinculantes", considerando que:

> Decidindo a Suprema Corte pela não aplicação de uma norma por inconstitucionalidade a um determinado caso, todos os juízes de instâncias inferiores estarão vinculados à *ratio decidendi* dessa decisão e deverão acolher futuras ações nas quais se requeira a não aplicação da mesma lei ou de lei com o mesmo conteúdo, salvo se possuírem boas razões para não fazê-lo, quando, então, deverá ser praticado o *overruling* (revogação do precedente) pelas Cortes que estiveram autorizadas a fazê-lo[254].

Porém, o sistema de precedentes foi adotado pelo novo CPC e indica, quanto às questões constitucionais, que os precedentes do "plenário do STF, sobre matéria

---

[251] DIDIER JR., Fredie. **Projeto do novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.bahianoticias.com.br/justica/entrevista/102-fredie-didier-jr-projeto-do-novo-codigo-de-processo-civil.html>. Acesso em: 22/09/2013.

[252] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 258.

[253] CHIARLONI, Sergio. Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza. **Revista de processo**. São Paulo, ano 39, vol. 229, março, 2014, p. 405-407.

[254] SOUZA, Léa Émile Maciel Jorge de. A objetivação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal no controle concreto de constitucionalidade. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 20, vol. 81, out.dez., 2012, p. 15.

constitucional, vinculam todos os tribunais e juízes brasileiros", ainda que não submetidos ao procedimento de consolidação em súmula, conforme o disposto no art. 927, V, do novo CPC[255]. Nesse sentido, é o Enunciado nº 314 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "As decisões judiciais devem respeitar os precedentes do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional federal"[256].

Desse modo, a despeito de ainda não ter sido definida a natureza persuasiva ou obrigatória do precedente, a tendência de objetivação do mandado de injunção resta fortalecida com a adoção da teoria do precedente vinculante, já que os juízes e tribunais ficam vinculados à orientação firmada pelo STF. Contudo, conforme será demonstrado no final deste capítulo, a dificuldade de identificação da *ratio decidendi* tem especial relevância em relação às decisões proferidas em mandado de injunção que adotem a tese concretista.

4.4 A DIFICULDADE E A NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI* EM RELAÇÃO ÀS DECISÕES PROFERIDAS EM MANDADO DE INJUNÇÃO QUE ADOTEM A TESE CONCRETISTA

A previsão contida no art. 927, V, do novo CPC[257] indica que as decisões consideradas precedentes proferidas pelo plenário do STF em matéria constitucional, o que inclui aquelas proferidas em mandado de injunção, devem ser respeitadas pelos juízes e tribunais. Mas como os juízes e tribunais aferem o que é vinculante numa decisão do STF? Existe alguma técnica para o próprio STF, enquanto órgão colegiado, fixar os precedentes firmados em mandado de injunção que adotem a tese concretista, a fim de apontar de forma clara as normas que provisoriamente devem ser aplicadas aos casos semelhantes enquanto persistir a omissão constitucional?

---

[255] O art. 927, V, do novo CPC prescreve que os juízes e tribunais devem seguir "a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados".

[256] DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil:** conforme o novo CPC e as Leis nº 13.015/2014 (Recursos de Revista Repetitivos) e nº 13.058/2014. Vol. 2, 10ª ed., Editora JusPodiwm, 2015, p. 467.

[257] Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
(...)
V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Preocupado com os questionamentos sobre a aferição do que é vinculante num precedente, Luiz Guilherme Marinoni aponta a necessidade de elaboração de uma teoria que aponte critérios de identificação da *ratio decidendi*:

> Ao se falar em eficácia vinculante da fundamentação está se generalizando, de modo atécnico, a eficácia vinculante ou obrigatória atribuída, no *common law*, a toda e qualquer *ratio decidendi*. É compreensível. Tendo sido constatado, em meio à névoa da doutrina processual clássica do *civil law*, a obviedade de que o tribunal não revela o seu entendimento apenas no dispositivo, é preciso desenvolver uma teoria jurídica que não só explique a razão para se atribuir eficácia obrigatória ao que está na fundamentação, mas que também desenvolva critérios capazes de permitir a identificação daquilo que, na fundamentação, efetivamente expressa o pensamento do tribunal acerca da questão constitucional levada ao seu conhecimento.
> (...)
> A expressão "motivos determinantes da decisão", em princípio tomada como sinônima da enunciada por "eficácia transcendente da motivação", contém detalhe que permite a aproximação do seu significado ao de *ratio decidendi*. Isto porque há, nesta expressão, uma qualificação da motivação ou da fundamentação, a apontar para aspecto que estabelece claro link entre os motivos e a decisão. Os motivos têm que ser determinantes para a decisão. Assim, não é todo e qualquer motivo que tem eficácia vinculante ou transcendente; apenas os motivos que são determinantes para a decisão adquirem esta eficácia. E os motivos que determinam a decisão nada mais são do que as razões de decidir, isto é, a *ratio decidendi*[258].

Em relação à primeira indagação, Lucas Buril de Macêdo explica que, num sistema de precedentes, é importante a problematização do que efetivamente é vinculante, mediante a distinção entre *ratio decidendi* (razões de decidir) e *obter dictum* (argumentos de passagem). Isso porque a tarefa de aplicar determinado precedente indica "o dever de aplicar a sua *ratio decidendi* ou a norma jurídica (*legal rule*) dele decorrente". Há a transcendência da *ratio* em relação à fundamentação, porque a norma do precedente é moldada e esclarecida nos casos posteriores, ou seja, "a força da norma do precedente não está só na decisão, ela é construída como um comando geral que vai além da fundamentação da decisão". Assim, a utilização do termo "eficácia transcendente dos motivos determinantes" é equivocada, pois, nos precedentes obrigatórios, não é a própria fundamentação que vincula, mas sim a norma do precedente que é construída a partir da fundamentação, mas com ela não se confunde. Ademais, a *ratio decidendi* existe tanto no precedente obrigatório quanto no persuasivo[259].

---

[258] MARINONI, Luiz Guilherme. **Elaboração dos conceitos de ratio decidendi (fundamentos determinantes da decisão) e obiter dictum no direito brasileiro**. Disponível em: <http://marinoni.adv.br/baixar.php?arquivo=files_/Elabora%C3%A7%C3%A3o%20dos%20conceitos%20de%20ratio%20decidendi.docx.>. Acesso em: 25/08/15.

[259] MACEDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. **Revista de processo**. São Paulo, ano 39, vol. 234, ago., 2014, p. 303-307. Explica o autor que é um engano afirmar que a *ratio decidendi* está na fundamentação, porque é uma norma jurídica, de modo que "afirmar que ela estaria na fundamentação é tão reducionista quanto afirmar que a norma legal está tão somente no texto da lei". Salienta que "a *ratio decidendi* é a norma jurídica construída para o caso concreto, podendo ser tanto uma regra como um princípio", de forma que há precedente com várias *rationes decidendi* e precedentes sem nenhuma *ratio decidendi* (p. 312-327).

Ao tratar de precedente Aline Hadad Ladeira e Alexandre Melo Franco Bahia explicam que:

> (...) é feita uma distinção entre precedente vinculante e persuasivo ou, como anota Hondius, a distinção entre os aspectos sociológico e político (onde um precedente é vinculante) e o aspecto normativo (onde um precedente é só persuasivo).
> O ponto é que, para que uma decisão assuma a condição de precedente, dependerá de que ela seja efetivamente seguida na resolução de casos análogos. (...)
> O precedente terá, portanto, uma *ratio decidendi* que constitui o elemento vinculante da decisão. Em outras palavras, a parte da decisão que realmente vincula é a *ratio decidendi* que equivale à *rule*. Importa ressaltar, contudo, que a decisão concreta é vinculante para as partes, mas é a *ratio decidendi* abstratamente considerada que adquire força de lei para todos.
> (...) Em última análise, a *ratio decidendi* é identificada com a motivação da decisão[260].

Destaque-se que a definição do que é vinculante em uma decisão não se mostra uma tarefa simples. Para tanto, os julgadores devem trabalhar com esse objetivo, preocupando-se com o alcance dos motivos determinantes das decisões. Essa tarefa é bem distinta da ideia de súmula de jurisprudência dominante e de súmula vinculante, em que "apenas tornam público um resultado e não a razão de decidir do julgado", sem vincular os fundamentos aos fatos, sem possibilidade de adaptação a casos anteriormente não pensados. Ressalte-se que a teoria da *ratio decindendi* apresenta dificuldades no *common law*, sendo complexa a atividade de se extrair o precedente quando, apesar da decisão ser unânime, os motivos que levaram a ela foram distintos, sendo uma possível solução para essa problemática a necessidade de reiteração da decisão para que os motivos determinantes e, por conseguinte, os precedentes se consolidem, até mesmo porque "com a ideia da vinculação aos julgados tem-se um eterno construir"[261].

Sobre o assunto, Bruno Sousa Rodrigues efetuou um "breve estudo sobre os métodos de identificação da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais" a partir de duas abordagens teóricas quanto à identificação da *ratio decidendi*. Na abordagem de Eugène Wambaugh o "método, como um todo, repousa sobre a ideia de que a *ratio* seria caracterizada como elemento intrinsecamente indispensável à decisão contido na fundamentação", definido como uma proposição de um julgamento que, acaso tivesse seu conteúdo invertido, modificaria a forma como a decisão seria proferida. Já na tese desenvolvida por Arthur

---

[260] LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re)introdução da faticidade ao mundo jurídico. **Revista de processo**. São Paulo, ano 39, vol. 234, ago., 2014, p. 277-279.

[261] KERSTEN, Vinicius Mendez. **Common law:** algumas lições de vinculação para o direito brasileiro. Dissertação de mestrado em Direito. Orientador Darci Guimarães Ribeiro. Universidade Vale do Rio dos Sinos/RS, São Leopoldo, 2014, 151 folhas. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/00000b/00000b54.pdf>. Acesso em: 02/09/14, p. 127-129.

Goodhart, aponta que "não existem regras ou fórmulas capazes de identificar precisamente a *ratio decidendi*", pois a norma contida no precedente seria "produto de uma interpretação mediada por outra interpretação"[262].

A partir de tais considerações teóricas sobre a dificuldade de aferir o que é vinculante, é possível imaginar que, na prática, não será fácil para o tribunal deixar claro nos acórdãos o que deve ser tido como vinculante. Isso porque encontrar a *ratio decidendi* que constitui o elemento vinculante do precedente constitui atividade complexa quando há enorme divergência na fundamentação contida em cada um dos votos dos membros integrantes do tribunal, a despeito da parte dispositiva do voto se apresentar uniforme.

A prática judiciária indica que não é incomum a dissonância completa entre os votos apresentados para um julgado, tanto que se fala na adoção do "voto médio", como sendo o resultado do julgamento apurado por meio de um voto médio ou pela média dos votos[263]. Se essa dificuldade existe para identificar o resultado do julgamento, maior ainda será a problemática quanto à identificação da *ratio decidendi*.

Tentando expressar essa dificuldade prática, Conrado Hübner Mendes analisou o julgamento do Supremo Tribunal Federal no qual foi discutida a constitucionalidade da prática cultural denominada "Farra do Boi" (Recurso Extraordinário nº 153.531), questão que envolve a cultura e o meio-ambiente, mencionando que, ao voto vencedor contrário à prática cultural e proferido pelo Ministro Francisco Rezek, foram adicionados outros argumentos por outros ministros. A partir dessas observações, o referido autor também questionou a dificuldade de identificação da *ratio decidendi* em decisão colegiada em que há diversidade na fundamentação dos votos vencedores, concluindo que deve ser efetuado um esforço interpretativo das decisões para dele obter as prescrições normativas, conforme os seguintes apontamentos:

> Como um julgamento colegiado se realiza pela soma de uma pluralidade de votos, é possível que os votos que compõem a maioria alcancem uma mesma decisão, mas com *ratios* diferentes. Há uma convergência unicamente na decisão final, no dispositivo. Neste caso, qual será a *ratio* do acórdão? Ou seria este um acórdão pouco promissor para constituir um precedente sólido, uma combinação

[262] RODRIGUES, Bruno Sousa. **Breve estudo sobre os métodos de identificação da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais**. Disponível em: <http://www.academia.edu/2252718/Breve_estudo_sobre_os_m%C3%A9todos_de_identifica%C3%A7%C3%A3o_da_ratio_decidendi_dos_precedentes_judiciais>. Acesso em: 25/08/15.

[263] Informativo 006 de junho de 2013 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Núcleo de Revisão. Texto intitulado "O voto médio". Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/38/92/2C/01/7A322410CD375024180808FF/0000059134-Informativo%206.pdf>. Acesso em: 26/08/15.

> desarticulada de argumentos diferentes, que circunstancialmente alcançaram uma mesma decisão?
> (...)
> Esta leitura crítica não é em vão. Assim como se interpreta a Constituição, a lei e outras normas jurídicas gerais e abstratas, pode-se também interpretar a jurisprudência e dela extrair uma orientação normativa, uma prescrição. Quais as diferenças entre a interpretação da constituição e a interpretação da jurisprudência constitucional? As categorias da *ratio decidendi* e do *obiter dictum* são categorias exclusivas para se interpretar julgados? É possível imaginar técnica parecida para interpretar uma lei? Uma lei também não tem uma *ratio* de fundo? Este é um esforço que teremos de fazer: identificar as semelhanças e dessemelhanças entre o ato de interpretar um conjunto de decisões judiciais e o de interpretar um leque de disposições normativas abstratas[264].

Sobre o assunto, a despeito da noção de *ratio decidendi* indicar a norma vinculante que deve ser extraída mediante esforço argumentativo, considerando que nossa tradição jurídica ainda está pautada na disposição normativa abstrata contida na lei e na súmula, por exemplo, e que a uniformidade na conclusão de uma decisão colegiada pode existir mesmo diante de divergência na fundamentação contida nos votos, mecanismos devem criados para tentar unificar a tese adotada pelo tribunal na hipótese de existirem distintos fundamentos que resultem numa mesma conclusão quando tais fundamentos tiverem relevância para casos futuros.

Registre-se que a leitura do art. 927 do novo CPC indica que continuará a existir o enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos, ou seja, permanece em nosso sistema a cultura voltada para o resultado do julgado, e não apenas para a razão de decidir. Contudo, conforme redação do art. 489, § 1º, V, do novo CPC[265], não será considerada fundamentada a decisão judicial que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

Diante dessa necessidade de invocar os fundamentos determinantes, ainda persiste a dificuldade de identificação da *ratio decidendi*, fazendo-se necessário para a segurança jurídica, especialmente em relação ao precedente proferido em mandado de injunção que adote a corrente concretista, que o órgão colegiado tente fixar, no próprio

---

[264] MENDES, Conrado Hübner. **Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi. Racionalidade e retórica na decisão**. Disponível em: < http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf>. Acesso em: 25/08/15.

[265] Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
(...)
§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
(...)
V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

acórdão, a tese adotada pela maioria como razão de decidir com todos os apontamentos pertinentes à viabilização do exercício do direito carente de regulamentação (ou seja, a norma provisória que suprirá a omissão inconstitucional).

A previsão contida no art. 927, § 5º, do novo CPC[266] de necessidade de organização da questão jurídica decidida no precedente, aplicada em relação ao precedente proferido em mandado de injunção que adote a corrente concretista, indica que deve ser clara a fundamentação sobre a norma provisória que suprirá a omissão inconstitucional a fim viabilizar o exercício do direito carente de regulamentação.

Essa dificuldade de identificação da norma provisória que suprirá a omissão inconstitucional pode ser verificada, por exemplo, no julgamento dos MI 670, 708 e 712, em que houve intensa divergência dos ministros em relação à própria imposição ou não de detalhamento do exercício direito de greve, tanto que o Ministro Cesar Peluso, no julgamento do MI 670, chegou a afirmar que a Corte não estaria "a instituir um modelo aberto cuja definição fique na dependência da atuação de outros magistrados", porque restaria frustrado o objetivo do mandado de injunção, e que seria inútil exigir que, para o exercício do direito de greve, seja necessário recorrer ao Judiciário para definir as condições para exercício do respectivo direito constitucional.

Contudo, no julgamento dos MI's 670, 708 e 712, a definição das condições para o exercício do respectivo direito greve dos servidores públicos não restou clara, especialmente quanto à discussão sobre a (in)existência de serviços públicos não essenciais, a indicação dos serviços públicos essenciais pelo STF ou pelas próprias autoridades supervisoras dos grevistas, sobre a competência para julgamento do dissídio de greve, sobre o pagamento ou não dos dias parados em virtude da greve e sobre quais os dispositivos da Lei nº 7.783/89 seriam aplicados à greve no serviço público.

Assim, torna-se relevante que, ao proferir decisões consideradas precedentes em mandado de injunção que adotem a tese concretista (art. 927, V, do novo CPC), o plenário do STF, diante da eventual divergência de fundamentação de cada uma das questões jurídicas decididas, adote técnicas capazes de organizar com clareza as normas que provisoriamente devem ser aplicadas aos casos semelhantes enquanto persistir a omissão inconstitucional.

[266] Art. 927(...)
§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Tais técnicas acima mencionadas teriam o objetivo de uniformizar o entendimento do STF sobre a fundamentação determinante das questões jurídicas decididas, assim como ocorre em relação à súmula e à tese adotada em julgamento de casos repetitivos, por exemplo, em que é elaborado um resumo ou enunciado do posicionamento do Tribunal decorrente de votação unânime ou não. A técnica utilizada pelo STJ quando aponta a tese adotada em julgamento de casos repetitivos, conforme verificado no julgamento do REsp 956943/PR[267], apresenta-se plausível, eis que, no próprio texto do acórdão e da ementa, é resumida de forma clara a "*ratio decidendi*" adotada pelo STJ e a ser adotada nos demais recursos suspensos.

Em relação ao tema do processamento e julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos (arts. 543-B e 543-C do CPC) e de sua relação com a teoria do precedente, Leonardo Carneiro da Cunha, em artigo publicado em 28/11/13, também aponta essa preocupação com a "formação de um precedente de qualidade", ao afirmar que:

> O regime jurídico dos recursos repetitivos foi concebido para conter o grande fluxo de casos nos tribunais superiores. É preciso, entretanto, preocupar-se com outro detalhe pertinente aos recursos repetitivos, que é justamente a formação de um precedente de qualidade. O julgamento do recurso representativo da controvérsia consistirá num precedente que irá orientar os demais casos, devendo ser seguido para as hipóteses que se repetem e que versem a mesma tese jurídica.
> Quer isso dizer que o tema dos recursos repetitivos imiscui-se com a técnica de aplicação dos precedentes. Firmado um precedente, este há de ser seguido nos casos similares ou que se identifiquem com a mesma tese estabelecida. Na verdade, o que deve ser seguido por decisões posteriores é exatamente a *ratio decidendi* da decisão,

[267] PROCESSO CIVIL. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. FRAUDE DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. SÚMULA N. 375/STJ. CITAÇÃO VÁLIDA. NECESSIDADE. CIÊNCIA DE DEMANDA CAPAZ DE LEVAR O ALIENANTE À INSOLVÊNCIA. PROVA. ÔNUS DO CREDOR. REGISTRO DA PENHORA. ART. 659, § 4º, DO CPC. PRESUNÇÃO DE FRAUDE. ART. 615-A, § 3º, DO CPC.
1. Para fins do art. 543-c do CPC, firma-se a seguinte orientação:
1.1. É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC.
1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ).
1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.
1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC.
1.5. Conforme previsto no § 3º do art. 615-A do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo.
2. Para a solução do caso concreto:
2.1. Aplicação da tese firmada.
2.2. Recurso especial provido para se anular o acórdão recorrido e a sentença e, consequentemente, determinar o prosseguimento do processo para a realização da instrução processual na forma requerida pelos recorrentes. (REsp 956.943/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/08/2014, DJe 01/12/2014)

> de sorte que se pode dizer que o conceito de *ratio decidendi* constitui a chave da doutrina do precedente.
> (...)
> É preciso que se firmem os precedentes com qualidade. Nesse sentido, é incompatível com um bom precedente a elaboração de relatório conciso: cumpre adotar a prática de elaboração de relatório detalhado, a fim de que se possa entender o caso para que se viabilize sua aplicação nas situações similares sucessivas ou para que se permita o afastamento ou a superação do precedente, mediante as técnicas do *distinguishing* ou do *overruling*[268].

Uma alternativa que poderia servir como técnica seria regulamentar o julgamento do plenário de modo que o redator do acórdão compare o voto dos ministros quanto a cada um dos fundamentos relevantes e dos resultados para chegar à decisão final, ainda que mediante a elaboração de uma tabela (indicativa dos fundamentos relevantes e dos resultados apontados pela maioria), a qual deve ser submetida, ao final, à aprovação do plenário, a fim de que não seja considerado vinculante determinado fundamento relevante e resultado quando inexistir posicionamento da maioria. Assim, o "voto médio (da maioria) sobre o fundamento relevante e o resultado" seria expresso no próprio texto do acórdão e, se possível, de sua ementa.

Sobre esse assunto, Gustavo Zagrebelsky, em sua obra "Principios y votos", destaca que o Tribunal deve ter como objetivo encontrar uma solução que expresse maior concordância de seus membros quando existirem manifestações contrárias, o que requer o enfrentamento com maior meticulosidade dos direitos e das motivações, a fim de unificar o maior número possível de razões constitucionais. Desse modo, a redação das soluções e a aprovação delas após sua leitura na sala de deliberações possibilita a manifestação de cada um dos membros e um maior consenso entre eles[269].

Essa busca pelo maior consenso numa decisão colegiada não constitui tarefa simples, pois a atividade do Tribunal está fundada sobre as distintas personalidades dos seus membros expressadas nas deliberações. Nesse sentido, comentando acerca do Tribunal Constitucional italiano, Zagrebelsky destaca que:

> El caráter colegial y unitário del Tribunal asume um particular significado por la ausencia de votos particulares. Esto comporta que, a diferencia de lo que está admitido en otros sistemas de justicia constitucional, las posiciones de los jueces y sus motivos individuales no encuentran manifestación externa y están confinados en la discusión de la sala de deliberaciones. Esta ausencia, que algunos consideran una carencia, es objeto de discusión por sus muchos pros y contras. Incluso el mismo

[268] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Recursos repetitivos**. Texto publicado em 28 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/recursos-repetitivos/>. Acesso em: 26/08/15.
[269] ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos**. El Tribunal Constitucional y la política. Traducción de Manuel Martínez Neira. Ed. Trotta, 2008, p. 44.

> Tribunal se há interrogado sobre la possibilidad jurídica y sobre la oportunidad de una autorreforma, a través de sus normas reglamentarias. Hasta ahora ha prevalecido la exigencia de garantizar la unidad de la voz del Tribunal, a costa de acallar las voces individuales de sus jueces. La razón más profunda hay que buscarla en la exigencia de unidad: uno de los tantos valores de la colegialidad[270].

Até mesmo uma maior preocupação com a redação e revisão das notas elaboradas a partir dos pronunciamentos tomados nas sessões de julgamento e com a aprovação pelos membros do Corte da "*ratio decidendi*" adotada em matéria constitucional, torna-se de extrema relevância, porque, ao que parece, além da eficácia *erga omnes*, os motivos determinantes terão efeito vinculante no caso de precedente do plenário.

A previsão de considerar vinculantes os motivos determinantes da decisão proferida em controle difuso/concreto não afasta a noção de atribuição de eficácia *erga omnes*, até mesmo porque a ideia de precedente não afasta a eficácia geral, mas sim a complementa, porque torna vinculante também *ratio decidendi*.

Compartilhando do referido posicionamento, Vinicius Mendez Kersten aponta que, caso seja formado precedente em controle difuso/concreto, a norma considerada inconstitucional permaneceria em estado de latência, podendo voltar a ser aplicada a qualquer momento, já que não há a nulificação das normas em controle difuso e pode ocorrer a superação do precedente em casos futuros. Para o autor, todas as decisões do Supremo Tribunal Federal devem vincular os demais órgãos a ele hierarquicamente inferiores e a equiparação dos efeitos das decisões proferidas pelo STF no controle abstrato e concreto permite que, efetivamente, o Supremo atue como guardião da Constituição[271].

Em sentido diverso, Hermes Zaneti Jr. e Rodrigo Mazzei entendem que a decisão do mandado de injunção poderá assumir a função de precedente judicial, vinculando tanto o próprio STF (eficácia horizontal) como os juízes e Tribunais (eficácia vertical), os quais deverão aplicar o precedente ao analisarem casos concretos em que houver reclamação contra a não regulamentação da mesma norma constitucional. Para os autores, isso também significa que a declaração da mora legislativa e a própria norma elaborada pela Corte

---

[270] ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos**. El Tribunal Constitucional y la política. Traducción de Manuel Martínez Neira. Ed. Trotta, 2008, p. 62-64.

[271] KERSTEN, Vinicius Mendez. **Common law:** algumas lições de vinculação para o direito brasileiro. Dissertação de mestrado em Direito. Orientador Darci Guimarães Ribeiro. Universidade Vale do Rio dos Sinos/RS, São Leopoldo, 2014, 151 folhas. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/00000b/00000b54.pdf>. Acesso em: 02/09/14, p. 99-101.

constituem motivo determinante da decisão, não indicando que a decisão proferida em mandado de injunção individual possui eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*[272].

De todo modo, importante registrar que essa preocupação com a qualidade na formação da *ratio decidendi* em relação às decisões proferidas em mandado de injunção que adotem a tese concretista é relevante porque, como todos os juízes e tribunais ficarão vinculados aos precedentes do plenário do STF em matéria constitucional, é necessário que tais órgãos identifiquem com certo grau de clareza a fundamentação determinante, bem como porque qualquer lesado em razão da omissão inconstitucional conhecerá com precisão as normas que viabilizarão o exercício do direito e suprirão provisoriamente a respectiva omissão.

Ademais, tais preocupações com a definição da *ratio decidendi* adquirem maior relevância quando, em mandado de injunção, são firmadas as normas que provisoriamente suprirão a omissão constitucional, diante de todos os argumentos já mencionados no capítulo 2 do presente trabalho (possível ofensa à separação de poderes, ao princípio democrático e à exigência de edição de súmula vinculante), bem como diante da possibilidade de não restarem asseguradas, como se pretende, a segurança jurídica (em razão da ausência de previsibilidade do que deve ser respeitado) e, por consequência, a celeridade e economia processuais e a maior eficácia dos direitos fundamentais.

[272] ZANETI JR., Hermes; MAZZEI, Rodrigo. O mandado de injunção como instrumento de solução das lacunas legais ("fracas-fortes") no direito brasileiro. **Revista de processo**. São Paulo, ano 39, vol. 234, ago., 2014, p. 267 -269.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, foram apresentados, inicialmente, breves apontamentos acerca das origens do mandado de injunção, tendo sido constatado que se trata de uma criação original do Constituinte de 1988, pois não existia instituto semelhante ao mandado de injunção no nosso ordenamento nem no Direito Comparado.

Esse caráter original do mandado de injunção foi confirmado mediante a análise dos debates e propostas realizados durante as fases de elaboração da Constituição de 1988, já que nem os Constituintes sabiam, de início, a finalidade, a competência e a nomenclatura do instrumento que estava sendo criado, ou seja, não tinham firmeza sobre as características e amplitudes do mecanismo que estava sendo inserido no texto constitucional.

Foi possível verificar que o mandado de injunção seria criado para combater as omissões inconstitucionais no caso concreto, diante da inefetividade dos direitos fundamentais, razão pela qual não se confunde com a *injunction* inglesa e norte-americana.

Assim, foi destacada a relevância da constatação acerca da originalidade do mandado de injunção para fins de análise sobre a possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* ao referido *writ*, pois a circunstância de se tratar de figura original justifica todo o debate e a evolução da doutrina e da jurisprudência para delinear as características, as amplitudes e os objetivos do mandado de injunção.

Em seguida, diante da análise da doutrina e das decisões do STF acerca da eficácia da decisão proferida em mandado de injunção, desde a criação do respectivo instituto, foi verificado que o mandado de injunção está sendo moldado com o passar do tempo.

A evolução da jurisprudência do STF e as divergências doutrinárias sobre o mandado de injunção demonstram a complexidade de moldar o instituto, especialmente no que se refere aos efeitos da decisão que concede a injunção, já que, no início, prevalecia a corrente não concretista, que apenas reconhecia a omissão inconstitucional, e, a partir de 2007, foi adotada pelo STF a corrente concretista individual, que viabiliza o exercício do direito no caso concreto.

Contudo, reformulando bruscamente seu posicionamento, o STF, ainda em 2007, adotou a corrente concretista geral no julgamento dos Mandados de Injunção nºs 670,

708 e 712, ajuizados por sindicatos, pois declarou a omissão legislativa quanto ao art. 37, VII, da CF/88 e determinou a aplicação da lei de greve vigente no setor privado a todos os servidores públicos civis.

Foram analisados os argumentos dos ministros do STF no julgamento dos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712, restando constatado que, de fato, houve a atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões proferidas no julgamento do MI 708 e do MI 712, apesar do posicionamento de cada um dos ministros não ter sido registrado de modo claro. Talvez em razão dessa ausência de clareza, a análise de discurso, quanto ao MI 670, concluiu que a maioria dos ministros votou pela atribuição de eficácia *inter partes*, a despeito de constar na ementa que apenas três ministros limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato.

Diante dessa possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* em mandado de injunção, foram apontadas as principais semelhanças e distinções do mandado de injunção em relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, concluindo-se que o esvaziamento da ADO decorre da sua finalidade prevista no texto constitucional, não do fortalecimento do mandado de injunção.

A partir dessas considerações, foram destacados os principais argumentos contrários à atribuição de eficácia geral em mandado de injunção.

Inicialmente, numa abordagem mais genérica, foi apontado o debate sobre a possibilidade de realização do controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos normativos, mediante a análise teórica acerca de quem deve ser o guardião da Constituição, com a preservação do equilíbrio dos Poderes estatais, e a observação de que o controle de constitucionalidade deve ser de incumbência de um Tribunal Constitucional ou órgão semelhante por se tratar de atividade jurídica, apesar de também possuir um cunho político.

Após, foi analisado o argumento de ausência de legitimidade do Judiciário para atribuir eficácia *erga omnes* à decisão proferida em mandado de injunção por ofensa ao princípio da separação de poderes. Assim, foi demonstrada uma breve noção acerca da teoria da tripartição de poderes, para, em seguida, mais uma vez destacar a estreita ligação entre a jurisdição constitucional e a política e, após, salientar que não existe rígido monopólio da lei pelo Poder Legislativo e que o Poder Judiciário já atua como um legislador negativo ao exercer o controle abstrato.

Observou-se que, especificamente quanto ao mandado de injunção, a inércia do legislador no seu dever de legislar pode ser compreendida como uma ausência de limitação pelo Legislativo do âmbito de escolhas do Judiciário. De todo modo, restou também salientado que as modernas concepções sobre a teoria da separação de poderes priorizam a efetividade das normas constitucionais.

Foi também analisado o argumento de ofensa ao princípio democrático, em desfavor da tese de atribuição de eficácia *erga omnes* em mandado de injunção. Nesse sentido, foi efetuado um breve estudo acerca da ideia de tradicional e moderna de democracia, do papel contramajoritário da jurisdição constitucional, da natureza da atividade da interpretação constitucional e do questionamento da própria legitimidade do sistema democrático, com o reconhecimento da supremacia da Constituição.

Verificou-se que, a princípio, a atribuição de eficácia *erga omnes* em mandado de injunção pelo STF apenas seria possível, nos limites do texto constitucional, mediante a edição de súmula vinculante. Observou-se que, enquanto no modelo norte-americano de controle de constitucionalidade difuso e incidental há a vinculação dos precedentes, no nosso sistema o mecanismo criado para conferir eficácia *erga omnes* às referidas decisões da Corte foi o atual art. 52, X, da CF/88 e, mais recentemente, diante da ausência de atuação do Senado, a súmula vinculante.

Restou salientado que foi editada a Súmula Vinculante 33 diante da ausência de regulamentação do direito à aposentadoria especial previsto no art. 40, § 4º, III, da CF. Por outro lado, foi destacado que, mesmo sem ter sido editada súmula vinculante, a ementa do julgamento dos MI's 670, 708 e 712 sobre direito de greve no serviço público indica que restou atribuída eficácia geral aos referidos mandados de injunção.

Em seguida, foram apontados os principais argumentos favoráveis à atribuição de eficácia geral em mandado de injunção.

Foi observado que a concretização dos direitos fundamentais constitui um dever do guardião da Constituição. Assim, foi verificada a natureza política-ideológica, sociológica e normativa das normas constitucionais para fins de indicação do papel do Processo Constitucional no âmbito dos direitos fundamentais. Por outro lado, também foi destacada a crítica em relação à sociedade fechada dos intérpretes, em que, por exemplo, o STF possui a tarefa de dar a "última palavra" sobre a Constituição, tendo sido apontada a moderna concepção de interpretação pluralista da Constituição.

A objetivação do mandado de injunção foi considerada um instrumento para garantir uma maior eficácia dos direitos fundamentais, porque a regulamentação provisória da omissão inconstitucional com eficácia geral possibilita a viabilização do exercício do direito constitucional para todos, sem a exigência de impetração de novos mandados de injunção. Para tanto, restou destacada a postura criativa do julgador, a necessidade de uma interpretação constitucional material-valorativa, bem como restou salientado que o posicionamento do STF no julgamento dos MI's 670, 708 e 712 sofreu influência da alteração da quase totalidade de seus membros como também do decurso de quase vinte anos de omissão inconstitucional e da própria exigência do exercício do direito carente de regulamentação.

Ademais, foram destacados aspectos processuais que indicam que a abstrativização do mandado de injunção garante a economia e celeridade processuais e a segurança jurídica. Foi mencionado que, no julgamento dos MI's 670, 708 e 712, houve a atribuição de eficácia *erga omnes* e de efeito vinculante, consoante teor dos Informativos 458 e 700 do STF, mesmo sem ter sido editada súmula vinculante.

Na oportunidade, foram apresentadas distinções entre a eficácia *erga omnes* (o dispositivo da decisão tem eficácia contra todos), a teoria da transcendência dos motivos determinantes (a razão de decidir tem aplicação aos casos semelhantes) e o efeito vinculante (tanto a parte dispositiva quanto os fundamentos determinantes da decisão vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, tanto que o seu desrespeito possibilita o ajuizamento de reclamação constitucional), para fins de verificar a amplitude da objetivação do mandado de injunção enquanto instrumento de celeridade e economia processuais e de segurança jurídica.

Após, foi rapidamente mencionado que a objetivação do mandado de injunção possui efeito semelhante ao incidente de resolução de demandas repetitivas, na medida em que evita o ajuizamento de inúmeras demandas. Ademais, foi efetuada a relação entre a objetivação do mandado de injunção e os efeitos da coisa julgada no âmbito dos direitos coletivos (o mandado de segurança coletivo, a ação popular ou mesmo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão), especialmente diante da aplicação, por analogia, das regras sobre o mandado de segurança coletivo ao mandado de injunção coletivo.

Por fim, foram indicadas as perspectivas atuais da abstrativização do mandado de injunção. Foi mencionada a tentativa de regulamentação da eficácia da decisão em mandado de injunção por meio de projetos de lei e de propostas de emenda constitucional

e foi apontado posicionamento quanto à desnecessidade de regulamentação do mandado de injunção. Destacou-se que o PL nº 6.128/2009 já prevê a possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* em mandado de injunção.

Foi também verificado que a objetivação do controle concreto de constitucionalidade passou a ser observada a partir do julgamento da Reclamação constitucional nº 4.335, em que foi afirmada a ocorrência de mutação constitucional em relação ao disposto no art. 52, X, da CF, e restou reforçada com a criação da súmula vinculante, com a adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes, com a flexibilização do princípio da reserva de plenário, com a exigência de repercussão geral, dentre outros, de modo que a abstrativização do mandado de injunção pode ser entendida como mais um exemplo de objetivação do controle concreto de constitucionalidade.

Ainda quanto às perspectivas sobre os efeitos do mandado de injunção, foi efetuada uma relação entre a objetivação do mandado de injunção e a adoção da teoria do precedente vinculante pelo nosso sistema jurídico. Salientou-se que, atualmente, nosso sistema sofre enorme influência do *common law*, em que a jurisprudência representa uma fonte de direito, diante da criação da súmula vinculante, da previsão do art. 557 do CPC, da aplicação da transcendência dos motivos determinantes, dentre outros mecanismos processuais, especialmente diante das alterações introduzidas no novo Código de Processo Civil quanto à obrigatoriedade de os juízes e tribunais seguirem os precedentes.

A adoção da teoria do precedente vinculante no controle concreto de constitucionalidade restou consagrada no art. 927, V, do novo CPC, que estabelece que os precedentes do plenário do STF, sobre matéria constitucional, vinculam todos os tribunais e juízes brasileiros, ainda que não submetidos ao procedimento de consolidação em súmula. Embora não exista consenso quanto à natureza persuasiva ou obrigatória do precedente do STF em matéria constitucional, a tendência de objetivação do mandado de injunção resta fortalecida com o mencionado dispositivo no novo CPC.

Diante dessa perspectiva atual de aplicação da teoria do precedente vinculante em mandado de injunção, destacou-se que a identificação da *ratio decidendi* possui especial relevância em relação às decisões proferidas em mandado de injunção que adotem a tese concretista. Foram lançados questionamentos sobre a aferição do que é vinculante num precedente e sobre a existência de técnicas para o próprio STF fixar os precedentes firmados em mandado de injunção que adotem a tese concretista, a fim de apontar de forma clara as

normas que provisoriamente devem ser aplicadas aos casos semelhantes enquanto persistir a omissão constitucional.

Foi apontado que a dificuldade de identificação da norma provisória que suprirá a omissão inconstitucional pode ser observada, por exemplo, no julgamento dos MI's 670, 708 e 712, em que houve intensa divergência dos ministros em relação aos dispositivos da Lei nº 7.783/89 que seriam aplicados à greve no serviço público. Mencionou-se, ainda, que devem ser criadas técnicas com o objetivo de uniformizar o entendimento do STF sobre a fundamentação determinante das questões jurídicas decididas, como, por exemplo, a maior preocupação com a redação e revisão das notas elaboradas a partir dos julgamentos do STF e a elaboração de uma tabela (indicativa dos fundamentos relevantes e dos resultados apontados pela maioria da Corte), a qual deve ser submetida, ao final do julgamento, à aprovação do plenário, a fim de que não seja considerado vinculante determinado fundamento relevante e resultado quando inexistir posicionamento da maioria.

Ao final, salientou-se que essa necessidade de qualidade na formação da *ratio decidendi* em relação às decisões proferidas em mandado de injunção que adotem a tese concretista é relevante não apenas pelo fato de vincular todos os juízes e tribunais, mas, principalmente, porque as normas que viabilizarão o exercício do direito e suprirão provisoriamente a respectiva omissão serão aplicáveis a todos, incluídos aqueles que não possuem qualquer formação jurídica.

Assim, a atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão proferida em mandado de injunção apresenta como impactos negativos sobre a teoria do controle de constitucionalidade os questionamentos sobre o possível desrespeito aos princípios democrático e da separação de poderes. A edição de súmula vinculante apresenta-se como mecanismo legítimo e tecnicamente mais correto para a ampliação da eficácia em mandado de injunção. Porém, a abstrativização do mandado de injunção representa mecanismo para maior garantia da eficácia dos direitos fundamentais e instrumento de celeridade e economia processuais e de segurança jurídica, finalidades que são compatíveis com as perspectivas atuais do nosso sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito. **Revista de processo**. São Paulo, ano 39, vol. 229, março, 2014.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGRA, Walber de Moura. A legitimação da jurisdição constitucional pelos direitos fundamentais. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga; TAVARES, André Ramos (coords.). **Constitucionalismo**: os desafios no terceiro milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

AMARAL, Rubson Santos. **A omissão legislativa e o mandado de injunção**. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/141087>. Acesso em: 03/09/14.

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. Supremacia ou diálogo judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. **Revista da AGU**, Brasília-DF, ano XII, n. 38, out./dez., 2013.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. Controle de constitucionalidade das leis no Brasil: a eficácia *erga omnes* em sede de controle difuso. **Revista da ESMAPE**, vol. 12, n. 26, jul./ dez., 2007.

ARISTÓTELES. **Política**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000426.pdf>. Acesso em: 03/07/15.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. **Revista de processo**. São Paulo, ano 39, vol. 229, mar., 2014.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AYALA, Ipojucan Coelho. **Judicialização e mandado de injunção**. Dissertação de mestrado em Direito. Orientadora Rita de Cássia Fazzi. Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012, 107 folhas. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AyalaIC_1.pdf>. Acesso em: 02/09/14.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_55_56/Jose_Baracho.pdf >. Acesso em: 09/07/15.

BARACHO, Luiz Fernando; COSTA, Luciana da Silva; SANTOS, Amílcar Reis Alves dos; TEIXEIRA, Victor Franco Álvaro; TEIXEIRA, Ysis Pereira. **A objetivação do controle difuso de constitucionalidade**. Disponível em: <jus.com.br/artigos/29402/a-objetivação-do-controle-difuso-de-constitucionalidade>. Acesso em: 18/07/14.

BARBI, Celso Agrícola. **Ação declaratória principal e incidente**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARCELLOS, Logan Caldas. **Limites e possibilidades hermenêuticas da jurisdição constitucional contemporânea no estado democrático de direito**: a jurisprudência do supremo tribunal federal no mandado de injunção a partir da possibilidade e necessidade de respostas corretas no direito. Dissertação de mestrado em Direito. Orientadora Jânia Maria Lopes Saldanha. Universidade Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/RS, 2010, 218 folhas. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/LoganCaldasBarcellosDireito.pdf>. Acesso em: 02/09/14.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Temas de direito constitucional**. 2ª ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 27/05/15.

_____. **Jurisdição constitucional**: a tênue fronteira entre o direito e a política. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 09/07/15.

BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de Injunção em perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (organizadores). **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia**. Trad. de José F. Fernández Santillán. 2ª ed., México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

_____. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho, Elsevier, 2004, apresentação Celso Lafer.

BONAVIDES, Paulo. O direito constitucional e o momento político. **Revista de informação legislativa**, v. 21, n. 81, jan./mar., 1984. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181508>. Acesso em: 08/07/15.

BRITO, Thomás Raimundo. Mandado de Injunção: a alvissareira possibilidade de modificação do entendimento do STF e a necessidade de concreção das normas constitucionais. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga; TAVARES, André Ramos (coordenadores). **Constitucionalismo**: os desafios no terceiro milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CALISSI, Jamile Gonçalves. **O mandado de injunção e as injunctions inglesa e norte-americana**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7545>. Acesso em: 02/09/14.

CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. **A influência estrangeira na construção da jurisdição constitucional brasileira**. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=16&ved=0CDsQFjAFOAo&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F521908&ei=2f35U5-EBannsASugoAo&usg=AFQjCNFsZBtrbEIUO1n0HVpPLEyjMpFhEQ>. Acesso em: 24/08/14.

CAMBI, Eduardo; Nassif, Diego. Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania. **Revista dos tribunais**. São Paulo, ano 101, vol. 916, fev., 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: **Cadernos de direito constitucional e ciência política**. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, n. 15, abr./jun., 1996.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, 2ª ed., Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARDOSO, Oscar Valente. Mandado de injunção: aspectos práticos. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo, n. 122, junho, 2013.

CAVALCANTI, Francisco. **O novo regime jurídico do mandado de segurança**: comentários à Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. São Paulo: MP Editora, 2009.

CHIARLONI, Sergio. Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza. **Revista de processo**. São Paulo, ano 39, vol. 229, março, 2014.

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

COELHO, Inocêncio Mártires. Sobre a aplicabilidade da norma constitucional que instituiu o mandado de injunção. **Revista de informação legislativa**, v. 26, n. 104, out./dez., 1989. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181972>. Acesso em: 03/09/14.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Efeitos da decisão no mandado de injunção: perspectivas. **Revista dialética de direito processual**, n. 104, nov., 2011.

_____. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. **Revista de informação legislativa**, v. 49, n. 193, jan./mar., 2012. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/496562>. Acesso em: 03/09/14.

_____. Entre supremacia constitucional e supremacia judicial: novos desafios do controle de constitucionalidade no Brasil. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (coords.). **Constitucionalismo**: os desafios no terceiro milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CORRÊA, Karine Lyra. **O princípio da separação dos poderes e os efeitos do mandado de injunção**: a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal. Dissertação de mestrado em Ciência Política. Orientador Antônio José Escobar Brussi. Universidade de Brasília, Brasília, 2011, 195 folhas. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9933/1/2011_KarineLyraCorrea.pdf>. Acesso em: 02/09/14.

COSTA, Elcias Ferreira da. O objeto e a competência no mandado de injunção. **Revista de informação legislativa**, v. 26, n. 104, out./dez., 1989. Disponível em: <http://www2.senado.goLv.br/bdsf/item/id/181964>. Acesso em: 03/09/14.

COUTINHO, Fabiana de Oliveira. **A "stare decisis" da common law: semelhanças no efeito vinculante brasileiro?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9535>. Acesso em: 23/08/14.

CUETO RÚA, Julio César. **El "common law"**: su estructura normativa su enseñanza. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

CUNHA, Estevão dos Santos. **Controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União**: Jurisdição constitucional e perspectivas em face do posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal3.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2567232.PDF>. Acesso em: 02/07/15.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Recursos repetitivos**. Texto publicado em 28 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/recursos-repetitivos/>. Acesso em: 26/08/15.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

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

_____. **O valor da Constituição**. 3ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

_____. A recepção legislativa e os sistemas constitucionais. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 40, n. 158, abr./jun., 2003.

_____. **Constituição & Processo**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Constitucionalismo brasileiro**: ontem, hoje e amanhã. Conferência pronunciada no Seminário sobre Revisão Constitucional, UNICAP. Recife, 12.08.93. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&ved=0CEQQFjAH&url=http%3A%2F%2Fwww.direito.ufmg.br%2Frevista%2Findex.php%2Frevista%2Farticle%2Fdownload%2F1482%2F1411&ei=hV-eVauSBcaowASs1KSADA&usg=AFQjCNFrMDPGvABu10BL3vtiyE_BcnIKyA>. Acesso em: 09/07/15.

_____. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Mandado de injunção e greve no serviço público. **Revista dialética de direito processual**, n. 102, set., 2011.

DIDIER JR., Fredie. **Projeto do Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.bahianoticias.com.br/justica/entrevista/102-fredie-didier-jr-projeto-do-novo-codigo-de-processo-civil.html>. Acesso em: 22/09/2013.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil:** conforme o novo CPC e as Leis nº 13.015/2014 (Recursos de Revista Repetitivos) e nº 13.058/2014. Vol. 2, 10ª ed., Editora JusPodiwm, 2015.

DUTRA, Yuri Frederico. Democracia e controle de constitucionalidade: a partir da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. **Revista Bonijuris**, ano XXV, Curitiba, n. 592, mar., 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **Controle da constitucionalidade na omissão legislativa**: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos. Curitiba: Juruá, 2001.

FAUSTINO, Antonio Carlos; BASTOS, Marcelo dos Santos. **O art. 52, X, da Constituição Federal: eficácia e efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal na via do controle difuso e o papel do Senado Federal**. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-155-Antonio_Faustino_e_Marcelo_Bastos_%2852_X%29.pdf>. Acesso em: 24/08/14.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado Nacional. Tradução de Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho e Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a constituinte. **Revista de informação legislativa**, v. 23, n. 89, jan./mar., 1986. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181667>. Acesso em: 03/09/14.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Nuno Miguel Miranda. **O conceito de democracia segundo Joseph Schumpeter**. Disponível em: <http://empreende.org.br/pdf/Democracia%20e%20Participa%C3%A7%C3%A3o/O%20conceito%20de%20democracia%20segundo%20Joseph%20Schumpeter.pdf>. Acesso em: 10/07/15.

FURLAN, Mariana Kowalski. **Omissão legislativa inconstitucional e mecanismos de garantia**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=25>. Acesso em: 08/07/15.

GOMES, Anderson Ricardo. **Crítica à tese da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CC0QFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F9009223&ei=zN_5U72GPMXmsASyh4D4Bg&usg=AFQjCNE9MbJdISv4hdCpv6ePBBwUNgmerA&bvm=bv.73612305,d.cWc>. Acesso em: 24/08/14.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mader. As transformações discretas do controle de constitucionalidade difuso e concreto: uma realidade que precisa ser reconhecida e refletida. **A&C Revista de direito administrativo e constitucional**. Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jan./mar, 2009.

GÖTTEMS, Claudinei J.; BORGES, Rodrigo Lanzi de M.. **Súmula vinculante**: A influência da common law no sistema jurídico brasileiro. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CDgQFjAE&url=http%3A%2F%2Fperiodicos.ufpb.br%2Fojs%2Findex.php%2Fprimafacie%2Farticle%2Fdownload%2F4416%2F3327&ei=jXj4U63SHsj2yQT1xIGgBg&usg=AFQjCNHWdxQVY2BLHqVkzZGYk2qyL50IJw>. Acesso em: 23/08/14.

HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. **A&C Revista de direito administrativo e constitucional**. Belo Horizonte, ano 9, n. 38, out./dez., 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, Reimpressão 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**: uma apreciação da jurisprudência do STF sobre o mandado de injunção, à luz da doutrina contemporânea. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 5ª ed., Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HORTA, Raul Machado. Poder legislativo e monopólio da lei no mundo contemporâneo. **Revista de informação legislativa**, v. 31, n. 123, jul./set., 1994. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176244>. Acesso em: 08/07/15.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Forense: 2004.

JOVELI, José Luiz. **O mandado de injunção e sua inefetividade em face dos direitos humanos fundamentais**. Dissertação de mestrado em Direito. Orientador Sérgio Resende de Barros. UNIMEP, Piracicaba/SP, 2007, 175 folhas. Disponível em: <http://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/GWCVOLTVYLQN.pdf>. Acesso em: 02/09/14.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Mandado de Injunção como Poder-Atribuição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (organizadores). **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2ª ed. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KERSTEN, Vinicius Mendez. **Common law:** algumas lições de vinculação para o direito brasileiro. Dissertação de mestrado em Direito. Orientador Darci Guimarães Ribeiro. Universidade Vale do Rio dos Sinos/RS, São Leopoldo, 2014, 151 folhas. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/00000b/00000b54.pdf>. Acesso em: 02/09/14.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: (uma visão comparativa). **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 144, out./dez., 1999. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/545>. Acesso em: 03/09/14.

LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re)introdução da faticidade ao mundo jurídico. **Revista de processo**. São Paulo, ano 39, vol. 234, ago., 2014.

LASSALE, Ferdinand. **O que é a Constituição?** São Paulo: eBooks Brasil, 1933.

LAZARI, Rafael José Nadim de. A natureza da decisão concedida em sede de mandado de injunção: aporte por uma teoria processual do tema. **Revista dialética de direito processual**. São Paulo, n. 123, junho, 2013.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Jurisdição constitucional e democracia**: uma análise fenomenológica de manifestações decisórias em sede de controle difuso de constitucionalidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

LEMOS, Rafael Cavalcanti. Redução de possibilidade jurídica pelo Supremo Tribunal Federal de pedido em mandado de injunção: denegação de justiça e inefetividade constitucional. **Revista da ESMAPE**, v. 10, n. 22, jul./ dez., 2005, Recife.

LOPES, Cynthia de Araújo Lima. Mandado de injunção como única saída viável para o suprimento das omissões inconstitucionais. **Revista dialética de direito processual**. São Paulo, n. 95, fev., 2011.

LORENZETTO, Bruno Meneses. O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da Constituição. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2236.pdf>. Acesso em: 12/07/14.

MACEDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. **Revista de processo**. São Paulo, ano 39, vol. 234, ago., 2014.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de injunção. In: Cruz, Alexandre (organizador). **Ações constitucionais**: mandado de segurança, habeas data, mandado de injunção, habeas corpus e outros instrumentos de garantia. Campinas, SP: Millennium, 2007.

MAQUIAVEL. **O príncipe**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000052.pdf>. Acesso em: 03/07/15.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e obiter dictum no direito brasileiro**. Disponível em: <http://marinoni.adv.br/baixar.php?arquivo=files_/Elabora%C3%A7%C3%A3o%20dos%20conceitos%20de%20ratio%20decidendi.docx.>. Acesso em: 25/08/15.

_____. **Precedentes obrigatórios**. Disponível em: <http://marinoni.adv.br/baixar.php?arquivo=files_/Confer%C3%AAncia_IAP2.pdf.>. Acesso em: 25/08/15.

MARQUES, Antônio Silveira. **Jurisdição constitucional e soberania do povo**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp113012.pdf>. Acesso em: 04/07/15.

MARQUES, Lorena Bezerra. **Abstrativização do controle difuso-concreto de constitucionalidade** (O Papel do Senado Federal diante da teoria da transcendência dos motivos determinantes). Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/199/Monografia_Lorena%20Bezerra%20Marques.pdf?sequence=1>. Acesso em: 03/08/2014.

MARTINS FILHO, Ives Granda da Silva. **A legitimidade do direito positivo**: direito natural, democracia e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

MARTINS, Rachel Figueiredo Viana. **Mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5621/Mandado-de-injuncao-e-a-acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao>. Acesso em: 24/08/14.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDEIROS, Pedro Paulo Guerra de. **Considerações acerca da doutrina do stare decisis do sistema norte-americano e sua importação no sistema brasileiro**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/pedropaulomedeiros/2011/12/05/consideracoes-acerca-da-doutrina-do-stare-decisis-do-sistema-norte-americano-e-sua-importacao-no-sistema-brasileiro/>. Acesso em: 23/08/14.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 33ª ed. de acordo com a Lei n. 12.016/2009 com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. **Lendo uma decisão**: obiter dictum e ratio decidendi. Racionalidade e retórica na decisão. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf>. Acesso em: 25/08/15.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei nº 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigodiscurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 08/07/15.

_____. **Estado de direito e jurisdição constitucional**: 2002-2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. Presidência da República Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Revista jurídica virtual**. Brasília, vol. 1, n. 4, agosto, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm>. Acesso em: 28/08/15.

MENEZES, Anderson de. **Teoria geral do Estado.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

MIOTO, Ricardo de Paula. **Mandado de injunção**: Instrumento de efetividade das normas constitucionais. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/42/25.>. Acesso em: 13/05/15.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de. **Do espírito das leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Separação de poderes e efeitos vinculantes e erga omnes**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-07/justica-comentada-separacao-poderes-efeitos-vinculantes-erga-omnes>. Acesso em: 24/08/14.

MORAES, Vânila Cardoso André de. **Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública**: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição. Brasília: CJF, jul./dez., 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de. O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo, ano 20, vol. 78, jan.-mar., 2012.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O novo aproveitamento do novo mandado de injunção. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, **Revista de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Vol. 81.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** - A Questão Fundamental da Democracia. Tradução de Peter Naumann. Revisão de Paulo Bonavides. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

NASCIMENTO, Fernanda Santos. **Efeitos do mandado de injunção**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 01 de abr. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42719&seo=1>. Acesso em: 17/07/14.

NERY JUNIOR, Nelson. O senado federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos. Separação de poderes, poder legislativo e interpretação da CF 52 X. **Revista de informação legislativa**. Brasília, ano 47, n. 187, jul./set., 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

NÓBREGA, Luciana Nogueira. **Novas tendências acerca do controle difuso de constitucionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3718.pdf>. Acesso em: 03/08/2014.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Remédios constitucionais**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes de. O Mandado de injunção. **Revista de informação legislativa**, v. 25, n. 100, p. 47-62, out./dez., 1988. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181881>. Acesso em: 03/09/14.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. **Das omissões legislativas inconstitucionais e seus instrumentos de combate à luz dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/521934>. Acesso em: 04/05/15.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. Instrumentos processuais de garantia e direito comparado. In: Cruz, Alexandre (organizador). **Ações constitucionais**: mandado de segurança, habeas data, mandado de injunção, habeas corpus e outros instrumentos de garantia. Campinas, SP: Millennium, 2007.

PELICIOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional**: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. São Paulo: LTr, 2008.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. Do cabimento de reclamação constitucional para garantir a autoridade das decisões proferidas pelo STF nos mandados de injunção referentes à greve no serviço público. **Jus navigandi**. Teresina, ano 15, n. 2723, 15 dez., 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18039>. Acesso em: 20/11/2013.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo a desserviço da democracia. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo, ano 20, vol. 78, jan.-mar., 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995 (2ª ed., 2003).

_____; CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da decisão em Mandado de Injunção. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima

(organizadores). **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a common law, civil law e o precedente judicial**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>. Acesso em: 23/08/14.

RAMOS, Elival da Silva. Mandado de Injunção e Separação dos Poderes. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (organizadores). **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Miguel**. Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. **Omissões normativas**. Niterói, RJ: Impetus, 2003.

RODRIGUES, Bruno Sousa. **Breve estudo sobre os métodos de identificação da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais**. Disponível em: <http://www.academia.edu/2252718/Breve_estudo_sobre_os_m%C3%A9todos_de_identifica%C3%A7%C3%A3o_da_ratio_decidendi_dos_precedentes_judiciais>. Acesso em: 25/08/15.

ROSA, André Vicente Pires. **Las omisiones legislativas y su control constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Mandado de Injunção sob a perspectiva do Projeto de Lei n. 6.128, de 2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (organizadores). **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARAIVA, Paulo Lopo. O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional. **Revista de informação legislativa**, v. 27, n. 108, out./dez., 1990. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/175813>. Acesso em: 03/09/14.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 29ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. Destinação e utilidade do mandado de injunção. **Revista de informação legislativa**, v. 28, n. 112, out./dez., 1991. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/175890>. Acesso em: 03/09/14.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Mandado de injunção. **Revista do instituto dos advogados de São Paulo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 8, n. 15, janeiro-junho, 2005.

SOUZA, Léa Émile Maciel Jorge de. A objetivação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal no controle concreto de constitucionalidade. **Revista de direito constitucional e internacional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 20, vol. 81, out.dez., 2012.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Instrumentos processuais de controle da omissão do poder público na implementação de direitos fundamentais**: ações constitucionais, medidas judiciais e responsabilização do Estado omisso. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/11_710.pdf>. Acesso em: 02/09/14.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O direito constitucional e as lacunas da lei. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 133, jan./mar., 1997. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/188>. Acesso em: 03/09/14.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Mandado de injunção**: efeitos da decisão e âmbito de incidência. Boletim de Direito Administrativo, ano 23, nº 7, julho, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law!** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acesso em: 21/09/2013.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009 (10ª ed., 2011).

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. A constituição brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. **Revista de informação legislativa**, v. 28, n. 109, jan./mar., 1991. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/175845>. Acesso em: 04/09/14.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24ª. São Paulo: Malheiros, 2012.

THEODORO, Marcelo Antônio. **Direitos fundamentais & sua concretização**. 1ª ed. (ano 2002), 6ª tir., Curitiba: Juruá, 2008.

TURCHETTI, Débora Pereira. **A integração do direito brasileiro pelo mandado de injunção**: perspectivas para o instituto no Brasil, em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Dissertação de mestrado em Direito. Orientador Aloizio Gonzaga de Andrade Araujo. UFMG, Belo Horizonte, 2012, 102 folhas. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-8XTMWZ>. Acesso em: 02/09/14.

VALLE, Vanice Lírio do. Constituição e a fênix: o controle da omissão legislativa renasce das cinzas na proteção aos direitos fundamentais. **A&C Revista de direito administrativo e constitucional**. Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jan./mar., 2009.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/99 e 9.882 de 03/12/99. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VIOLIN, Jordão. Julgamento monocrático pelo relator: O artigo 557 do CPC e o reconhecimento dos precedentes pelo direito brasileiro. **Processos coletivos**. Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr., 2011. Disponível em: < http://www.processoscoletivos.net/doutrina/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-04-2011-a-30-06-2011/123-julgamento-monocratico-pelo-relator-o-artigo-557-do-cpc-e-o-reconhecimento-dos-precedentes-pelo-direito-brasileiro>. Acesso em: 24/08/14.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos**. El Tribunal Constitucional y la política. Traducción de Manuel Martínez Neira. Ed. Trotta, 2008.

ZANETI JR., Hermes; MAZZEI, Rodrigo. O mandado de injunção como instrumento de solução das lacunas legais ("fracas-fortes") no direito brasileiro. **Revista de processo**. São Paulo, ano 39, vol. 234, ago., 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. Dissertação de mestrado em Direito. Orientador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000, 187 folhas. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/2521/000275909.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02/09/14.

Outros:

Jornal da Constituinte. Brasília, DF, n. 28, 7 dez. 1987, p. 6-7. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/117835>. Acesso em: 03/09/14.

Jornal da Constituinte. Brasília, DF, n. 37, 29 fev. 1988, p. 9 e 15. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/118044>. Acesso em: 03/09/14.

Anais da Constituinte. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituinte/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 20/11/14.

Disponível em: <https://www.fesmpmg.org.br/novo/noticias/718/Câmara-dos-Deputados-aprova-PL-que-regulamenta-mandado-de-injunção>. Acesso em: 05/08/15.

Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21268>. Acesso em: 05/08/15.

Informativo 006 de junho de 2013 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Núcleo de Revisão. Texto intitulado "O voto médio". Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/38/92/2C/01/7A322410CD375024180808FF/0000059134-Informativo%206.pdf>. Acesso em: 26/08/15.