

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

BRUNO AZEVEDO SILVA

SENTENÇA NORMATIVA NO MANDADO DE INJUNÇÃO:
*UMA ALTERNATIVA DE CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA
LIMITADA*

Porto Alegre

2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

BRUNO AZEVEDO SILVA

SENTENÇA NORMATIVA NO MANDADO DE INJUNÇÃO:
*UMA ALTERNATIVA DE CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA
LIMITADA*

Estudo elaborado a título de Trabalho de Conclusão de Curso, com a finalidade de obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, apresentado no primeiro semestre letivo do ano de 2011.

Orientadora: Prof^a Maria Isabel de Azevedo Souza.

Porto Alegre

2011

*À minha mãe, Maria Cristina Azevedo,
sem cujo incansável e precioso suporte a
conclusão desta etapa jamais seria
possível, e cujas garra e obstinação
sempre me serviram de modelo;
E às pessoas que sofrem com a falta de
justiça neste país que tanto dela carece.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha família pelo apoio, paciência e incentivo sempre presentes. De geral não citarei nomes aqui a fim de não esquecer de ninguém, mas vejo-me compelido a agradecer, em especial, à minha mãe, já mencionada na dedicatória, que, com muito amor, sempre pôs minhas necessidades à frente das próprias; e à minha dinda, Mara Azevedo, porque eu dificilmente estaria me formando neste curso e, mais especificamente, nesta Casa, se não fosse pelo estímulo e inspiração sempre presentes em suas palavras. Obrigado.

Agradeço também aos meus amigos e colegas, não apenas de seriação, mas de faculdade, desde os já graduados aos calouros deste ano, que dividiram as angústias e os prazeres de estudar na Casa de Manoel André da Rocha. Um especial agradecimento a todos os amigos do Coletivo A Estrada Vai Além Do Que Se Vê, pessoas que, na medida do possível (e às vezes do impossível), procuram tornar este lugar mais democrático e politizado. Prefiro, novamente, não enumerar taxativamente os nomes (especialmente considerando que são muitos!), mas é necessário mencionar o querido amigo Samuel Sganzerla (Mucão), companheiro de jornada com quem dividi alegrias e infortúnios desta caminhada.

Imprescindível registrar minha gratidão para com os amigos e colegas de trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, pessoas com quem aprendi lições importantíssimas e a quem devo grande parte do modesto conhecimento que adquiri sobre o mundo jurídico até o presente momento, com especial destaque aos companheiros da VT Guaíba e das 14ª, 17ª e 20ª Varas do Trabalho de Porto Alegre. Presto sublinhada homenagem aos amigos Caroline Gröhs, Fábio Scherer e

Lucas Calixto, o último sendo responsável pela idéia inicial que deu origem ao tema aqui trabalhado.

Em tempo, agradeço a todo o corpo docente e técnico da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul que, mesmo enfrentando adversidades em tempos, procurou fazer o melhor dentro do possível, contribuindo com a construção do saber jurídico deste graduando. Registro minha especial gratidão à minha orientadora, Prof^a Maria Isabel de Azevedo Souza, desembargadora de brilhante atuação junto ao TJRS que gentilmente aceitou a orientação do presente trabalho, ainda que não diretamente relacionado com a cátedra de sua titularidade.

Por fim, agradeço a todos aqueles que tornaram possível a execução deste trabalho, bem como a conclusão do curso de Direito, de modo direto ou indireto, que por ventura não se encontrem incluídos em algum dos grupos acima elencados.

RESUMO

O estudo aqui apresentado trata-se de monografia elaborada com o intuito de investigar uma das ações constitucionais previstas na Carta Magna de 1988, a saber, o Mandado de Injunção. A análise se dará a partir de sua origem, objeto, correlação com ações similares, histórico de decisões e mutação constitucional quanto à matéria, bem como a eficácia das decisões em processos deste gênero e o novo conceito de Sentença Normativa, o qual pode aflorar como solução ao reiterado descumprimento de decisões exaradas nestes casos.

Palavras-chave: Mandado de Injunção, Jurisdição Constitucional, Sentença Normativa, Inconstitucionalidade por Omissão

ABSTRACT

The study hereby presented attend a monograph elaborated with the intent of investigating one of the constitutional actions provided by the 1988 Constitution, which is, the Injunction Writ. The analysis will begin with its origins, object, interconnection with similar procedures, historic of decisions and constitutional mutation regarding the matter, as well as the effectiveness of the decisions in processes of this nature and the new concept of Normative Sentence, which can bloom as a solution to the repeated inobservance of the decisions taken on these cases.

Key words: Injunction Writ, Constitutional Jurisdiction, Normative Sentence, Omissive Unconstitutionality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 MANDADO DE INJUNÇÃO	11
1.1 ORIGEM.....	11
1.2 CONCEITO E OBJETO.....	15
1.3 MANDADO DE INJUNÇÃO <i>VERSUS</i> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	21
2 NATUREZA DA EFICÁCIA DA DECISÃO DE INJUNÇÃO	27
2.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS ESPÉCIES DE TUTELAS JURISDICIONAIS	27
2.2. HISTÓRICO I: TEORIA NÃO-CONCRETISTA	31
2.3. HISTÓRICO II: TEORIAS CONCRETISTAS INDIVIDUAIS	34
2.4. HISTÓRICO III: TEORIA CONCRETISTA GERAL	40
3 SENTENÇA NORMATIVA NO MANDADO DE INJUNÇÃO	47
3.1 SENTENÇA NORMATIVA – CONCEITO	47
3.2 SENTENÇA NORMATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO EM SEDE DE MANDADO DE INJUNÇÃO	51
3.3 APLICABILIDADE E ALCANCE DA EFICÁCIA DA SENTENÇA NORMATIVA PROLATADA PELO STF EM SEDE DE MANDADO DE INJUNÇÃO.....	56
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	64

INTRODUÇÃO

Em seu artigo 5º e incisos, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tratou de estatuir os direitos e garantias fundamentais, bem como meios de proteção e resguardo dos referidos direitos, a saber, as ações constitucionais. Das ações previstas, entre as quais se destacam o Mandado de Segurança e o *Habeas Corpus*, provavelmente os dois mais utilizados pelos operadores do direito, o Mandado de Injunção é aquela que conta com menos pesquisa e interesse dos juristas de modo geral. Entretanto, é uma das ações mais importantes previstas no texto constitucional.

Segundo a literalidade da própria Carta Magna, no inciso LXXI, art. 5º, “conceder-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Ou seja, é uma ação destinada a promover o preenchimento de uma lacuna legislativa, de uma omissão inconstitucional do legislador.

Sucedem, entretanto, que a interpretação inicial que deram os juristas ao dispositivo constitucional em questão praticamente esvaziou a eficácia de suas decisões. A “radical” tripartição dos poderes, herança patente do liberalismo, impediu que os Ministros da Corte Suprema brasileira pudessem vislumbrar modo de pôr em prática a decisão prolatada em sede de Mandado de Injunção sem, com isso, violar a independência dos poderes, chancelada pelo art. 2º da Constituição da República. Assim, as decisões, inicialmente, não surtiam qualquer efeito, eis que o Supremo Tribunal Federal notificava o Congresso Nacional da sua mora,

caracterizada pela omissão legislativa, e o parlamento, por sua vez, ignorava a constatação do Pretório Excelso.

Com o passar dos anos, entretanto, a jurisprudência constitucional evoluiu, de modo a outorgar mais efetividade à decisão tomada em sede de Mandado de Injunção, por vários modos. Um dos objetivos do presente estudo é justamente acompanhar a evolução do instituto, que ainda não se desenvolveu plenamente.

Outro dos objetivos é examinar um instituto que tem se delineado na doutrina, qual seja, a Sentença Normativa, e a sua estrita correlação com a Ação Mandamental prevista no art. 5º, LXXI, da Constituição.

Sentença Normativa é o termo utilizado pela doutrina para conceituar a decisão judicial de caráter geral e abstrato que cria direitos e/ou impõe obrigações. Em que pese a denominação de “acórdão” outorgada às decisões proferidas por tribunais, face ao disposto no art. 163 do Código de Processo Civil, as Sentenças Normativas são sempre prolatadas por órgãos colegiados.

O instituto já existe no ordenamento pátrio e é utilizado em larga escala na Justiça do Trabalho, como decisão de Dissídio Coletivo de Natureza Econômica, quando a norma criada é de observância vinculante *inter partes* (frisando-se que somente podem figurar no pólo de Dissídios Coletivos os sindicatos de empregados e as empresas ou aqueles e os sindicatos das empresas). O poder Judiciário exerce, portanto, função atípica, legislando para o caso concreto.

Assim, finalmente, o presente estudo digna-se a estudar a possibilidade de implementação de decisões desta natureza, de modo subsidiário, em sede de

jurisdição constitucional, como resultado da ação de Mandado de Injunção, a fim de se conceder efetividade às decisões prolatadas nesses processos. Não há como aceitar que, pela inércia do legislador e pela falta de meios de induzi-lo ao cumprimento, tendo em vista a independência dos poderes, os direitos e garantias fundamentais não possam ser exercidos por seus titulares. Ao final, será esboçada uma conclusão acerca do tema, bem como da viabilidade jurídica de eventual implementação do instituto.

1 MANDADO DE INJUNÇÃO

1.1 ORIGEM

A ação constitucional de garantia denominada pelo direito pátrio de Mandado de Injunção tem sua origem nos *writs* do Direito anglo-saxão; de acordo com o ensinado por Fernanda Kellner de Oliveira Palermo, “sua origem mais remota se encontra no célebre *Bill of Rights*”¹ americano. Francisco Antonio de Oliveira demonstra, ainda, com sapiência, que há influência, antes, do Direito inglês². As ações em questão modificam seu objeto de acordo com o ordenamento jurídico do qual emergem, de modo geral, e os aspectos dos direitos inglês e norte-americano nem sempre serão iguais, em que pese o fato de um originar-se do outro. Tais ações de garantia de direitos fundamentais apresentam-se em diversas categorias, cada uma com seu objeto próprio.

Exemplos de *writs* do Direito norte-americano são as ações de *prohibition*, *certiorari*, *quo warrant*, *attachment*, *execution*, *error*, *entry*, *assistance*, entre outros. A este estudo, entretanto, interessa tão somente o *writ of injunction*, a fim de demonstrar-se as semelhanças e diferenças entre o instituto anglo-saxão (tanto no direito inglês quanto no direito norte-americano) e o instituto como foi concebido na Carta Magna de 1988.

¹ 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: Millennium Editora, 2007, pp. 83.

² OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Mandado de Injunção: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas, jurisprudência* – 2ª edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

No Direito inglês, o qual conta também com as ações de *habeas corpus*, *mandamus*, *injunction* e *certiorari*, o *writ of injunction* constitui-se de ação que pode ser impetrada contra autoridades públicas por qualquer cidadão que prove um possível dano emergente ou prejuízo como resultado de ato supostamente ilegal emanado de tal autoridade. A *injunction*, assim, guarda mais relação com o Mandado de Segurança do direito brasileiro do que com o Mandado de Injunção em si, conforme delineado pelo legislador constituinte. Ainda,

[...] uma *injunction* pode ser obtida, também, pelo *Attorney-General* (Procurador-Geral de Justiça) em nome do povo. Se o órgão público está cometendo uma ação que ameaça prejudicar o povo ou a coletividade, é direito do Procurador-Geral intervir, requerendo uma *injunction*.³

O *writ of injunction* é regulado nos Estados Unidos pela lei de 1789, bem como pelo Regimento da Suprema Corte daquele país, e ainda a *Federal Rule 65*.⁴ Nos Estados Unidos, a injunção é um mandamento para que o destinatário faça ou deixe de fazer alguma coisa. É uma medida sumária, que, em linhas gerais, assemelha-se muito às medidas cautelares previstas no diploma processual civil brasileiro. O objeto da injunção no Direito norte-americano é, portanto, muito mais abrangente do que o da ação prevista no sistema constitucional pátrio. A injunção é, naquele, país, em verdade,

[...] um remédio extraordinário que as Cortes utilizam em casos especiais, onde a preservação do *status quo* ou a cominação de uma ação específica se faz necessária para impedir possíveis injustiças. O remédio de injunção é um poder discricionário da Corte pelo qual esta, ao decidir que os direitos do autor estão sendo violados, pondera a irreparabilidade das lesões e inadequação dos danos se uma injunção não fosse concedida, no caso dos danos advindos da concessão de uma injunção.⁵

Em adição, nas palavras de Francisco Antonio de Oliveira,

[...] a *injunction*, muito usada pelos americanos, tem por finalidade proibir entidade pública ou privada de praticar ato lesivo de direito líquido e certo

³ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Op. Cit.*, pp. 17.

⁴ PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. *Op. Cit.*, pp. 84.

⁵ *Ibidem*.

do particular ou da Administração Pública. Pode ser usada também de forma positiva, isto é, para obrigar uma parte a fazer algo cuja não-realização prejudicará o direito da outra parte.⁶

A injunção se torna exigível, vez que a Corte pode cominar multas ou punições, a seu critério, ao destinatário que, devidamente notificado da obrigação de fazer ou não-fazer a si imputada, descumpra a ordem judicial.

As ações de injunção do direito norte-americano podem ser divididas basicamente em dois grandes grupos: as injunções preliminares e o mandado liminar temporário⁷. As Cortes geralmente, em típico juízo de equidade, confrontam rigorosamente os direitos do réu (especialmente considerando o forte caráter liberal intrínseco ao cidadão americano) face à possibilidade de um provimento judicial final ineficaz em razão da ação do demandado, que poderia ter sido evitada com a concessão da injunção.

A injunção preliminar em pouco difere, quanto ao modo de concessão e à precariedade, dos pedidos liminares sem a oitiva da parte contrária, no Direito brasileiro. É utilizada quando o conhecimento, por parte do réu, do provimento judicial a ser executado o tornaria parcial ou totalmente ineficaz. Já os mandados liminares temporários vigoram tão somente até o final da causa, e são concedidos geralmente com a oitiva do réu a respeito, vez que,

[...] quando for possível, o réu deve sempre ser notificado da audiência de injunção, e a duração da injunção é tipicamente tão temporária quanto possível. Em algumas jurisdições, os autores que requerem uma injunção devem prestar uma caução⁸,

a exemplo do que acontece no Direito brasileiro com a execução provisória de sentença não definitiva.

⁶ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Op. Cit.*, pp. 18/19.

⁷ PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. *Op. Cit.*, pp. 84.

⁸ *Ibidem*.

A principal semelhança do instituto estadunidense com o previsto na Constituição da República de 1988 é que trata-se de juízo de equidade, a ser aplicado na ausência ou insuficiência de norma para a solução do caso concreto.

Em detalhe, é possível verificar que as ações de injunção podem subdividir-se, além da classificação já exposta acima, em *preliminary*, *temporary* e *interlocutory injunctions* e, também, em *permanent injunctions* e *restraining orders*. As três primeiras são enquadradas no grupo das injunções preliminares, as quais podem ser concedidas sem a oitiva do réu a fim de resguardar direito do autor ou evitar dano irreparável. A última enquadra-se no campo dos mandados liminares temporários, e vigora, via de regra, até o final da ação principal, que decidirá (ou não) o mérito da causa.

Já as *permanent injunctions*, ao que parece, constituem categoria apartada que aproximam-se das cautelares satisfativas do Direito pátrio, como por exemplo, a exibição, prevista no art. 844 do CPC. Embora decorrentes de situações de fato distintas (a primeira pela ausência ou insuficiência de norma regulamentadora para proteção e/ou exercício de direito subjetivo do demandante e a segunda de negativa do possuidor do documento ou coisa em exibi-la por meios não-judiciais), o resultado prático de um julgamento de procedência acaba por satisfazer o direito material do autor do pedido, eis que o mérito da questão em si, que é decidido em sentença, pode julgar procedente a injunção e não necessitar de causa principal subjacente, ou julgar procedente o pedido de exibição de coisa que, uma vez exibida, pode ser suficiente para o adimplemento da relação de direito material.

1.2 CONCEITO E OBJETO

Da breve análise acima efetuada, bem assim da leitura do art. 5º, LXXI, depreende-se que o *writ of injunction*, tanto do direito britânico quanto do direito norte-americano, em pouco ou quase nada se assemelham ao que o legislador constituinte pretendeu esculpir no ordenamento pátrio. Temos, forte o disposto na norma constitucional supramencionada, que

[...] 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.

Nas palavras de Fernanda Palermo,

A Constituição de 1988 revela louvável preocupação com a possível inércia do legislador ordinário, que pode, com sua omissão, impedir a efetivação de direitos nela assegurados e que dependem de leis, decretos ou quaisquer normas regulamentadoras.⁹

De tal sorte, o mandado de injunção emerge da Lei Máxima como um instrumento de garantia direcionado especificamente ao legislador ordinário ou à autoridade a quem incumba a elaboração da norma regulamentadora. É patente que a *mens legislatoris* constituinte preocupou-se precipuamente com a garantia de efetivação dos direitos que, embora previstos na própria Constituição, dependem de regulamentação infraconstitucional para adquirirem efetividade, o que pode tornar-se difícil ou até mesmo impossível em face de eventual inércia ou omissão do responsável pela elaboração da regra.

Contudo, em que pese a preocupação salutar do legislador constituinte, a regra contida no inciso LXXI do art. 5º da CF88, de tão sucinta, acabou praticamente

⁹ PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. *Op. Cit.*, pp. 85.

sem aplicabilidade, *ab initio*. O texto do dispositivo é relativamente genérico ao enumerar quais direitos encontram-se abarcados pela proteção lá consagrada (“direitos e liberdades constitucionais” e “prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”), bem como não direciona o operador do direito à solução do caso concreto submetido a julgamento, deixando de apontar o modo pelo qual se faria efetivar o direito inexercitável pela falta da regra infraconstitucional.

A efetivação do direito subjetivo constitucional em si será apreciada em capítulo próprio, a seguir, de modo que a atenção agora voltar-se-á especificamente para o objeto da ação em questão.

Face ao modo genérico como foi entalhado o dispositivo constitucional que consagra o mandado de injunção, considero que a totalidade das normas constitucionais que dizem respeito a direitos e garantias do indivíduo devem ser abarcadas pela proteção instituída. Isso porque o texto, caso assim entendesse o legislador constitucional, poderia ter delimitado a proteção *somente* aos direitos e garantias fundamentais, ou *somente* aos direitos sociais ou, ainda, *somente* aos direitos políticos, eis que a Carta Magna conta com repartições específicas em seu texto para os três grupos de direitos acima elencados. Caso a *mens legislatoris* fosse restringir o alcance da ação de garantia, poderia ter feito referência a um ou outro capítulo específico de direitos previstos na Carta de 1988, mas não o fez, deixando em aberto ao julgador o mérito de quais direitos merecem ou não guarnição pela ação. Por conseguinte, de regra, toda e qualquer norma dirigida ao Estado, com o objetivo de vedar a interferência na esfera individual, merece acolhida pelo dispositivo.

Contudo, não há como falar-se em objeto do mandado de injunção sem uma breve análise sobre a classificação das normas constitucionais, o que se passará agora a fazer.

De acordo com o ensinado pelo Prof. José Afonso da Silva, as normas constitucionais, de acordo com a sua eficácia (o que afigura-se como melhor critério classificador), podem ser divididas entre normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata; de eficácia contida e aplicabilidade imediata, podendo ser restritas por legislação infraconstitucional; e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida (que, por sua vez, repartem-se entre definidoras de princípio instrutivo e definidoras de princípio programático)¹⁰.

As normas de eficácia plena são aquelas que bastam-se por si sós, independentemente de qualquer regulamentação infraconstitucional. Incidem diretamente sobre o mundo dos fatos, assegurando desde já o direito do indivíduo. Nas palavras de Pontes de Miranda, “quando uma regra se basta, por si mesma, para sua incidência, diz-se bastante em si, *self executing, self acting, self enforcing*.”¹¹ Tais normas, dado o seu caráter de aplicação imediata, não sujeito a qualquer tipo de restrição infraconstitucional de seu conteúdo, evidentemente não encontra suporte na idéia do mandado de injunção, de regra, eis que não há falar-se em falta de norma regulamentadora, justamente porque não há o que regulamentar.

O segundo tipo de norma constitucional é o de eficácia contida ou prospectiva. Tal categoria de norma tem aplicabilidade direta e imediata, mas não necessariamente integral. Em verdade, o que difere as normas de eficácia contida daquelas de eficácia plena é justamente a possibilidade da legislação,

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais – 3ª ed. rev. ampl. e atual.* São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda nº 1, de 1969 – 2ª ed. rev.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, I, p. 126.

infraconstitucional ou não, reduzir a amplitude de sua aplicabilidade. Segundo Pedro Lenza, as normas de eficácia contida podem, desde a promulgação da Constituição, produzir seus efeitos de maneira total, mas a ocorrência superveniente, seja de legislação ordinária, seja de situação de fato que desencadeie o processo de aplicação de norma constitucional, pode acarretar a restrição dos direitos previstos nesse tipo de norma. Diz o autor que

A restrição de referidas normas constitucionais pode-se concretizar não só através de lei infraconstitucional, mas também, em outras situações, pela incidência de normas da própria constituição, desde que ocorram certos pressupostos de fato, por exemplo, a decretação do estado de defesa ou de sítio, limitando diversos direitos (arts. 136, §1º, e 139 da CF/88). [...] Enquanto não materializado o fator de restrição, a norma tem eficácia plena.¹²

Por conseguinte, as normas de eficácia contida não são, à semelhança das normas de eficácia plena, o principal alvo do mandado de injunção, embora possa haver discussão na matéria. Caso emblemático sobre o ponto trata da greve no serviço público (que será oportunamente abordado), que considera-se como norma de eficácia contida, a saber, de livre exercício até eventual regulamentação infraconstitucional, e que foi alvo de inúmeros mandados de injunção perante o STF.

A terceira categoria de normas compreende aquelas de eficácia limitada ou reduzida, que são as normas que não têm aplicabilidade total até a devida regulamentação por ato normativo integrativo infraconstitucional. José Afonso da Silva observa, entretanto, que normas de tal estirpe não são desprovidas de eficácia imediata, em que pese o seu objetivo permaneça em suspenso até a edição do ato normativo integrativo¹³. Nas suas próprias palavras,

Uma vez comece a vigorar a constituição, que efeitos produzem, desde logo, essas normas? Entram imediatamente, também, em vigor, ou isso só se verifica com a emissão da norma ordinária ou complementar integrativa? Invalidam, ou não, a legislação ordinária anterior conflitante, ou esse efeito

¹² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado – 13ª edição revista, atualizada e ampliada*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pp. 136/137.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*

elas só adquirem com a lei integrativa? Que importância construtiva têm elas na ordem jurídica ulterior? Uma lei ordinária ou complementar que as contrarie será inconstitucional?¹⁴

Da obra referida, após longa e proveitosa digressão, o autor chega às seguintes conclusões: a eficácia imediata, no caso de tais normas, existe, pelo que a) criam, para o legislador ordinário, o dever de regulamentar a matéria; b) estabelecem um padrão de constitucionalidade para a legislação futura, de modo que não possa contrariar o disposto em suas normas; c) orientam a ordenação jurídica do Estado e da sociedade, mediante a escolha de quais valores e fins sociais são merecedores de proteção constitucional; d) condicionam a atividade discricionária da Administração Pública e do Judiciário; e) orientam, teleologicamente, a interpretação, aplicação e eventual integração das normas jurídicas de sua esfera de aplicabilidade; f) de regra, criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.¹⁵

As normas em foco subdividem-se entre normas de princípio instrutivo e normas de princípio programático. As primeiras dizem respeito, mormente, à organização do Estado em si, atribuição de competências e estruturação de órgãos. São,

[...] pois, normas constitucionais de princípio instrutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei.¹⁶

De acordo com tal classificação, é possível citar como norma de eficácia limitada instituidora de princípio instrutivo aquela contida, por exemplo, no art. 111-A, §1º, da CRFB, segundo o qual, “a lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho”.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, pp. 126.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 126.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 126.

Por último, temos as normas instituidoras de princípio programático. Tais normas têm por característica principal a instituição de objetivos que, de modo programático e progressivo, devem ser alcançados pela República Federativa do Brasil. São normas que devem ser implementadas pelo Estado visando a consecussão de fins sociais, como educação, saúde, cultura etc., previstos nos arts. 196 e subseqüentes da Carta Magna. De acordo com o mestre José Afonso da Silva, normas programáticas são aquelas

[...] através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.¹⁷

É de se concluir que as normas que mais freqüentemente ensejam o ajuizamento de mandados de injunção são as de eficácia limitada instituidoras de normas programáticas, pelo eventual descumprimento da vontade constitucional, seja por parte do legislador ordinário, seja por parte de quem quer que seja o responsável pela elaboração do ato normativo necessário ao exercício do direito previsto constitucionalmente.

Após a explanação em questão, infere-se um conceito da ação constitucional de mandado de injunção, pelo qual, mandado de injunção é a ação constitucionalmente prevista a fim de assegurar o pleno exercício de direitos consagrados, via de regra, em normas de eficácia limitada instituidoras de princípios programáticos (ou, mais raramente, em normas de eficácia contida), no caso de inércia ou omissão da autoridade competente para a edição do ato necessário ao seu total desempenho.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, pp. 138.

1.3 MANDADO DE INJUNÇÃO VERSUS AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Conceituada a ação constitucional em foco e definido seu objeto, deve-se passar à tarefa de diferenciá-la de outro instituto, também com previsão na Constituição de 1988, que, por tratar da inércia ou omissão do legislador, acarreta a inconstitucionalidade daquele não-agir, e pode ter seu objeto confundido com o do mandado de injunção: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

No tangente à omissão legislativa, segue transcrita a seguir a ementa do Mandado de Injunção 542/SP, de lavra do Min. Celso de Mello:

E M E N T A: MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA JURÍDICA - TAXA DE JUROS REAIS (CF, ART. 192, § 3º) - INJUSTIFICÁVEL OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL - FIXAÇÃO DE PRAZO PARA LEGISLAR - DESCABIMENTO, NO CASO - WRIT PARCIALMENTE DEFERIDO. A TRANSGRESSÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL PODE CONSUMAR-SE MEDIANTE AÇÃO (VIOLAÇÃO POSITIVA) OU MEDIANTE OMISSÃO (VIOLAÇÃO NEGATIVA). - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, seja quando este vem a fazer o que o estatuto constitucional não lhe permite, seja, ainda, quando vem a editar normas em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a Constituição. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado, no entanto, deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total (quando é nenhuma a providência adotada) ou parcial (quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público). Entendimento prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: RTJ 162/877-879, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno). - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório - infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional (ADI 1.484-DF, Rel. Min. CELSO

DE MELLO). - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO E DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR: A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DO PERTINENTE NEXO DE CAUSALIDADE. - O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir - simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional - a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público. Para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o conseqüente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, ausente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, não se tornará possível imputar comportamento moroso ao Estado, nem pretender acesso legítimo à via injuncional. Precedentes. MANDADO DE INJUNÇÃO E TAXA DE JUROS REAIS. - O estado de inércia legiferante do Congresso Nacional justifica a utilização do mandado de injunção, desde que resulte inviabilizado - ante a ocorrência de situação de lacuna técnica - o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais (CF, art. 5º, LXXI), de que seja titular a parte impetrante. - A regra inscrita no art. 192, § 3º, da Constituição, por não se revestir de suficiente densidade normativa, reclama, para efeito de sua integral aplicabilidade, a necessária intervenção concretizadora do Congresso Nacional, cuja prolongada inércia - sobre transgredir, gravemente, o direito dos devedores à prestação legislativa prevista na Lei Fundamental - também configura injustificável e inconstitucional situação de mora imputável ao Poder Legislativo da União. Precedentes. Deferimento, em parte, do writ injuncional, nos termos constantes do voto do Relator.¹⁸

Segundo J.J. Gomes Canotilho, a omissão legislativa que enseja a respectiva Ação Direta

[...] não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples não fazer, a um simples conceito de negação. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar um significado autônomo e relevante, deve conxionar-se com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever legal de legislar para dar fundamento a uma omissão constitucional.¹⁹

¹⁸ STF – MI 542/SP. Rel.: Min. Celso de Mello. Julgado em 29/08/2001.

¹⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 917.

A ADIn por omissão, portanto, figura como instituto jurídico concebido a fim de evitar que a mora legislativa torne inexecutível a vontade concreta constitucional. Entretanto, já foi visto que o Mandado de Injunção tem, *a priori*, a mesma função, mas também se sabe que o constituinte não elaboraria dois instrumentos a fim de tutelar exatamente o mesmo objeto, sob pena de um deles tornar-se inócuo. Quais seriam, desse modo, as diferenças entre os dois institutos?

Ora, ao que se nota primeiramente, a diferença mais salutar entre as duas ações é o objeto. O mandado de injunção pode ser utilizado em face de violações por omissão concretas²⁰, seja no caso do direito subjetivo de uma pessoa ou de um direito individual homogêneo. A ADIn por omissão, por sua vez, somente pode atacar a omissão legislativa em abstrato: verificada a omissão, desde logo ajuíza-se a ação para evitar a inexecutibilidade da norma constitucional, independentemente de haver ou não caso concreto subjacente, constituindo modalidade de controle concentrado de constitucionalidade²¹. Pode-se afirmar que a causa de pedir do mandado de injunção seria a impossibilidade de exercício de um direito, por um cidadão ou por um grupo de pessoas, cujo direito subjetivo decorra da mesma situação de fato, por ausência de norma que o regule; a causa de pedir da ADIn por omissão seria pura e simplesmente a omissão do legislador em tornar concreta a vontade da constituição, o descumprimento do dever de legislar imposto ao Legislativo pelo poder constituinte originário que potencialmente causará danos aos direitos subjetivos gerados por aquelas normas.

²⁰ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Op. cit.*, pp. 36: “Em suma, o mandado de injunção é remédio constitucional mandamental colocado à disposição de pessoa física ou jurídica (de direito público ou privado) e figuras despersonalizadas (espólio etc.) com o objetivo de criar a norma jurídica regulamentadora do direito do impetrante por intermédio do Estado-juiz para a satisfação do pedido. Produz efeitos sobre o caso concreto, sem valor *erga omnes*. Poderá excepcionalmente ser estendido a uma coletividade. Atua sobre a obrigação de fazer ou de não fazer. E será a ordem endereçada a quem tiver o dever de praticar o ato e arcar com as conseqüências econômicas[...].”

²¹ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional – 3ª edição*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

A segunda diferença entre os dois institutos reside na legitimidade ativa, o que acarreta a terceira e quarta diferenças, quais sejam, a abrangência da decisão e a competência para julgamento da causa, pelo que os três itens serão analisados conjuntamente.

A legitimidade ativa no mandado de injunção pertence ao titular do direito cuja fruição encontra-se obstaculizada pela ausência da norma. Alternativamente, no caso de um grupo de pessoas cujo direito subjetivo nasce da mesma situação de fato (direitos individuais homogêneos), é possível a substituição processual por sindicato profissional ou entidade de classe. Em qualquer caso, classicamente, o efeito da decisão é *inter partes* (a extensão da eficácia da decisão de mandado de injunção será apreciada em capítulo próprio, oportunamente).

Na ADIn por omissão, a legitimidade é taxativa, elencada no art. 103 da Constituição Federal²². Os legitimados foram, nesse caso, elencados pelo constituinte por motivo de conveniência política, e não de titularidade de direito subjetivo lesado. Sendo um mecanismo de controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos (ou, no caso em foco, das omissões) normativos, tem lugar somente em abstrato, não devendo, em tese, a petição inicial guardar relação com situação de fato relacionada a direito subjetivo impedido de realização pela ausência da norma. Diz, antes, mais respeito à completude ou não do direito objetivo, conforme pretendido pelo constituinte.

Tendo em vista que a legitimidade na ADIn é positivada na Constituição por necessidade de conformação do ato normativo alvo da ação ao ordenamento

²² Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

constitucional, e não pela lesão a direito subjetivo do autor, a eficácia da decisão tem efeito contra todos, ou seja, *erga omnes*. O legitimado ativo não ajuíza a ação com o intuito de obter a tutela do direito subjetivo (até porque inexistente no tocante), mas sim com o objetivo de obter a declaração da inconstitucionalidade por omissão da autoridade competente para a prática do ato que, por vinculação da norma constitucional de eficácia limitada, estava obrigada a praticá-lo a fim de completar a vontade constitucional. A propósito da competência, esta é sempre do Supremo Tribunal Federal por expressa disposição constitucional nesse sentido.

No mandado de injunção, de outra banda, o objetivo do impetrante é justamente a tutela ao direito subjetivo, seja seu, seja de outrem (legitimação extraordinária para a causa na hipótese de sindicato profissional ou entidade de classe ou ainda, por que não, do Ministério Público), de modo que a literatura existente na matéria sempre o tratou como ação cuja decisão tem efeito somente *inter partes*. O mandado de injunção, em tese, pode ser julgado por qualquer juiz, de acordo com as normas de competência, eis que não há vedação constitucional nessa senda.

Por fim, o último item deste estudo a diferenciar as duas ações será o efeito, em si, da decisão. Em outras palavras, o que fará o Judiciário ao julgar procedente uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e o que fará ao conceder uma injunção?

Na ADIn por omissão, segundo o entendimento clássico na matéria (e que não será objeto de questionamento e/ou discussão no presente trabalho), o Judiciário declarará a inércia do Legislativo ou da autoridade competente para a emissão do ato. No caso de ser o Legislativo, ser-lhe-á dada ciência, sem qualquer possibilidade de sanção no caso do descumprimento da decisão, o que fatalmente

lhe esvazia a eficácia. No caso de autoridade administrativa, o STF determinará a adoção de medidas em um prazo, geralmente trinta dias²³.

O mandado de injunção, por sua vez, terá aí seu maior diferencial, o qual pretende ser ressaltado no presente estudo: ao declarar a omissão do legislador ordinário, poderá o Supremo, em que pese não poder cominar-lhe qualquer sanção em caso de descumprimento, investir-se na função atípica de legislar e o fazer para o caso concreto, por exemplo?²⁴ Poderá o Pretório Excelso, de outra banda, obrigar o legislador ordinário a fazer aquilo que já se encontra vinculado a realizar diante de norma constitucional? A doutrina no tocante será objeto de análise em capítulo específico, oportunamente.

Feitos os primeiros esclarecimentos acerca da matéria do presente estudo, vez que já delimitado o objeto de incidência da norma constitucional e esboçado um conceito a respeito, passar-se-á ao ponto mais polêmico sobre o tema: a eficácia das decisões tomadas em sede de Mandado de Injunção.

²³ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Op. Cit.*

²⁴ *Ibidem.*

2 NATUREZA DA EFICÁCIA DA DECISÃO DE INJUNÇÃO

2.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS ESPÉCIES DE TUTELAS JURISDICIONAIS

Feitas as breves colocações acerca da origem, do conceito e do objeto da ação de mandado de injunção, resta o exame a propósito da natureza da eficácia da decisão que concede ou não a injunção buscada pelo impetrante. No intuito de esclarecer acerca do tema em questão, cabe uma sucinta consideração sobre as espécies de tutelas jurisdicionais, conforme delineadas por Pontes de Miranda em seu brilhante *Tratado das Ações*.

É interessante destacar que o mandado de injunção, ao contrário da maioria das outras ações, não transparece a classificação da natureza de sua decisão desde logo, tendo em vista ser uma ação que, *a priori*, pretende obrigar o legislador a legislar, em caso de decisão favorável, que é prolatada por poder diverso. A tutela de injunção foi, no ordenamento pátrio, adquirindo nuances diferentes ao passo em que evolução jurisprudencial a respeito se concretizava. Examinar-se-ão, portanto, ainda que brevemente, as tutelas relevantes ao presente estudo, a saber, a tutela *declaratória* ou *declarativa*, a tutela *mandamental* e, por fim, a tutela *constitutiva*. Os demais itens do presente capítulo estudarão as teorias acerca da eficácia da decisão de injunção, bem como a evolução do histórico de jurisprudência do Pretório Excelso.

A propósito da tutela *declaratória*, ou *declarativa*, tal refere-se às ações que têm por objetivo a declaração de existência ou inexistência de determinado direito ou relação jurídica, ou acerca da falsidade ou veracidade de determinado

documento. Gize-se que, conforme ensinado pelo mestre Pontes de Miranda, nenhum pronunciamento judicial é puro, de sorte que todos terminam por ser mistos, é dizer, nenhum pronunciamento é puramente declaratório ou puramente condenatório ou puramente mandamental, por exemplo. Contudo, a ação declaratória é aquela cujo objeto *principal* reside na *declaração* judicial acerca de um dos fatos antes referidos. O que define a natureza da tutela jurisdicional é a predominância de sua carga. A respeito, ensina Pontes de Miranda:

Há interesse jurídico em que se aclare, que se torne claro, existir, ou não existir, alguma relação jurídica, sem que se tenha por fito principal constituir, ou desconstituir, ou condenar, ou mandar, ou executar. Conforme por vezes frisamos e temos de insistir, a declaração, nas ações declarativas, é a energia preponderante, pois muitas são as ações em que há elemento declarativo que não vem antes dos outros, ou de alguns deles. Assim, tem-se de falar de ação declarativa quando o elemento de declaratividade vem à frente dos outros, e não quando a delcaratividade exista sem ser preponderante. A preponderância é que importa²⁵.

Ainda, acerca do objeto da tutela declaratória, assevera o autor:

O que dá a pretensão declarativa (= à declaração) é o poder ser posta em pergunta se *existe* ou *não existe* determinada relação jurídica; ou se é *autêntico* ou *não-verdadeiro* o documento. Essa relação jurídica pode ser de direito material, ou não; basta que se componha a seriedade da interrogação ao juiz²⁶ (grifo no original).

Conclui-se, portanto, que a tutela declaratória é aquela que, predominantemente, visa à obtenção de um pronunciamento judicial sobre a existência ou não de determinado direito ou relação jurídica, ou ainda acerca da veracidade ou não de certo fato ou documento.

No que tange à tutela mandamental, vem esta a ser aquela pela qual alguém fica obrigado a obedecer, mediata ou imediatamente, uma imposição judicial. O intuito do indivíduo que ingressa com uma ação mandamental é justamente o de obter uma ordem para que alguém faça ou deixe de fazer alguma

²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Campinas: Bookseller, 1998, t. 2, pp. 21.

²⁶ *Ibidem*, pp. 44.

coisa. Trata-se de eficácia que ordena a adoção de uma ou outra postura, seja um *facere*, seja um *non facere*.

Não se pode confundir os atos processuais de mandado com as sentenças que contêm conteúdo mandamental. Estas dizem respeito ao mérito da ação, do próprio direito material violado ou que se pretende ver resguardado, e são guarnecidas pela coisa julgada quando esta se perfectibiliza.

Novamente, frisa-se que o que classifica a tutela é a sua carga predominante. Sobre a tutela mandamental, ensina Pontes:

A ação mandamental é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo *manda*. Alude-se, no étimo, à mão, à *manus*, e a semelhantes palavras de outras velhas línguas. [...] A ação mandamental típica supõe que o juiz decida após o exame dos elementos contenciosos, e de tal modo se considere baseada, acertadamente, a sua decisão, que ele possa *mandar*²⁷ (grifos no original).

Subdividem-se as eficácias mandamentais em *imediate*²⁸ e *mediata*²⁹. A primeira diz com aquela que, segundo o autor, tem efeito de mando direto, com

²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Campinas: Bookseller, 1998, t. 6, pp. 23.

²⁸ “1. *Eficácia mandamental imediata*. A eficácia mandamental imediata aparece em ações de alta relevância no mundo jurídico. Basta pensar-se, de início, na ação declarativa típica, na ação de usucapião, na ação de consignação em pagamento, na de verificação de crédito, na de abertura de sucessão definitiva, na ação de filiação, declarativa (e na própria ação de filiação, constitutiva), e noutras ações declarativas. Nas ações constitutivas, a eficácia mandamental imediata aparece na ação do pré-contraente vendedor para o depósito, se o comprador não assina a escritura, na de remição de imóvel hipotecado, na de substituição do devedor, para haver o preferente a indenização pelo terceiro adquirente, na de investidura da inventariança, na de separação de bens para pagamento de dívidas da partilha, na de cumprimento de testamento, na constitutiva de curadoria, na de gravame ou alienação de bens dotais, na de cancelamento do registro de bens de família, nas de organização ou de extinção de fundação, na de modificação da organização, na de suprimento de assentimento, inclusive na de ratificação, na de sub-rogação, na ação de negócios jurídicos sobre bens de incapazes, na de protesto, na de interpelação e na de protesto cambiário”. *Ibidem*, pp. 24.

²⁹ “2. *Eficácia mandamental mediata*. Na ação de renovação de contrato de locação, e, portanto, nas de igual estrutura, na de nunciação de obra nova demolitória, na de eleição e de nomeação de cabecel e nas de nomeações de inventariante, tutoers e curadores, a mandamentalidade é mediata, no futuro. Na ação de demarcação de terras (segunda fase), nas de inventário e partilha, na de petição de herança vacante (declarativa negativa), na de habilitação de herdeiros, na de verificação de créditos, na de dissolução e liquidação de sociedade, na de obra de conservação em coisa litigiosa, na de arrematação, dá-se o mesmo, ou porque a execução possa não ter transferido a posse, ou porque, sendo declarativa a ação, se precise de mandado, aí, efeito mediato, devido a outro elemento que ficou entre a eficácia preponderante e a mandamentalidade (na ação de petição de herança vacante, a condenatoriedade; na de habilitação de herdeiro, a executividade; na de verificação de crédito, a constitutividade).” *Ibidem*, pp. 25.

“mandamentalidade 5”³⁰. Anteriormente a qualquer outra eficácia, existe lá o *mandamus* para que o destinatário faça ou deixe de fazer algo. A segunda, por sua vez, vem a ser mandamento que projeta para o futuro seus efeitos, não os produzindo necessariamente de imediato, mas vinculando a conduta futura do destinatário *ex nunc*.

Por último, e de especial importância à presente colação, importa referir a tutela constitutiva.

A tutela constitutiva é aquela que tem por objetivo a gênese, extinção ou modificação no mundo jurídico de alguma relação. Segundo a classificação das ações típicas de Pontes de Miranda, a ação constitutiva típica contaria com 5 de constitutividade e 4 de declaratoriedade³¹, tendo em vista que, em geral, precede à tutela constitutiva a declaração da existência ou não de um direito (embora não sempre³²). A precedência é meramente contextual, tendo em vista que a constitutividade da tutela é preponderante, tanto que carrega para si a classificação da ação.

Nas palavras do brilhante autor,

[...] a ação constitutiva é a que tem por fito geral modificar ou extinguir alguma relação jurídica. Quando se constitui não se faz estar dentro (não se institui), nem se substitui, nem se restitui, nem se destitui: ou se constitui positivamente, isto é, com (*cum*) o que se decide se põe *plus*, que diferencia o momento posterior; ou se constitui negativamente, isto é, se retira, *com* o ato, o que lá estava; ou se altera o que lá está, como se tem de alterar. A ação constitutiva ou constitui estrito senso, ou modifica; donde as três espécies: a) a ação constitutiva positiva; b) a ação constitutiva modificativa; c) a ação constitutiva negativa. Há atos jurídicos formativos geradores, modificativos e extintivos. Mas as ações, essas, não formam, nem geram; a sua constitutividade é que é positiva, negativa ou modificativa³³ (grifos no original).

³⁰ Sobre a classificação em relação à “carga” da tutela jurisdicional, ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado das Ações*.

³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Campinas: Bookseller, 1998, t. 3, pp. 37.

³² “Não se há de dizer que as ações constitutivas tendam à declaratividade. O elemento declarativo aparece como eficácia imediata (4), ou como eficácia mediata (3), ou mesmo sem tal relevância (2 ou 1) [...]” *Ibidem*, pp. 33.

³³ *Ibidem*.

Pontes refere, ainda, que as ações de natureza constitutiva estão, por vezes, ligadas a direitos potestativos, mas não sempre, ao contrário do que pensam outros processualistas. É uma ação que, de modo geral, se presta à criação, extinção ou modificação de relação. De regra, é a que tem o poder de modificar, para o mundo jurídico, situação de fato que já ocorre, como pode-se destacar a ação de modificação de nome no caso de prévia ocorrência de cirurgia de troca de sexo. Tal fato cria uma incongruência entre a realidade fática e o mundo do direito, pelo que se intenta a via processual constitutiva para que se modifique o mundo jurídico a fim de que reflita a realidade fática.

Após essa breve explanação, a qual teve por fim, primeiramente, embasar os próximos itens do presente capítulo, cabe investigar o histórico jurisprudencial da corte constitucional brasileira, bem como as teorias acerca da eficácia da decisão de injunção e a eficácia que lhe atribuíram os juristas brasileiros. Insta salientar que as classificações a seguir são baseadas nas obras de Alexandre de Moraes e Pedro Lenza³⁴, visto que poucos constitucionalistas abordaram a matéria, e menos ainda de maneira tão didática.

2.2. HISTÓRICO I: TEORIA NÃO-CONCRETISTA

As decisões prolatadas pelo Pretório Excelso em sede de mandado de injunção têm tomado diversas formas, com uma perceptível evolução em seu conteúdo e fundamentação com o passar dos anos a fim de ampliar o espectro

³⁴ Conforme LENZA, Pedro, *op. cit.*, e MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional – 21ª edição*. São Paulo: Atlas, 2007.

hermenêutico no intuito de permitir decisões que efetivamente enfrentem de maneira mais incisiva o problema da omissão legislativa quando, mesmo notificado a respeito, o legislador ordinário nada faz. Os acórdãos mais antigos daquela corte, com uma postura patentemente liberal-clássica, não atreviam-se, mesmo existindo pedido neste sentido, a fazer mais do que declarar a omissão do legislador e notificar-lhe para que tomasse providências.

Tal entendimento foi firmado ainda em 1989, no julgamento da Questão de Ordem no Mandado de Injunção 107/DF, suscitada pelo então relator, Min. Moreira Alves. Em seu voto, o Ministro explicitou as razões pelas quais acreditava ser incompatível com o sistema constitucional qualquer atitude do Judiciário que diferisse da notificação ao poder competente para que elaborasse a norma, como fica claro no trecho do voto transcrito a seguir:

Essa solução [notificar o órgão competente], acolhida pela Constituição atual, é, sem dúvida alguma, a que se compatibiliza com o sistema constitucional vigente que deu particular relevo à separação dos Poderes (arts. 2º e 60, §4º, III), que continuou a inserir entre os direitos fundamentais o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II), e que, também, atento ao princípio democrático, estabeleceu um processo legislativo em que o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matérias a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema de freios e contra-freios de que participam exclusivamente os poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo povo. Portanto, além de essa segunda corrente [teorias não-concretistas, como se verá a seguir], por qualquer de suas variantes, não apresentar solução que viabilize o exercício de grande parte dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o art. 5º, LXXI, e de pretender que o Poder Judiciário, quer regulamentando texto constitucional para o caso concreto, quer o regulamentando com eficácia *erga omnes*, exerça função para a qual, as mais das vezes, não está ele aparelhado – e função que não lhe foi atribuída sequer na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, em que não haveria o inconveniente de multiplicidade de regulamentações por Juízos ou Tribunais inferiores diversos, e em que essa regulamentação seria a conseqüência natural de ação dessa índole –, o certo é que a ela se contrapõem obstáculos constitucionais intransponíveis, como se demonstrou acima.³⁵

³⁵ STF. *MI 170-3/DF*. Rel.: Min. Moreira Alves. Julgado em 23/11/1989.

Sucedo que, por motivos de conveniência legislativa, a mera declaração judicial de mora do legislador por vezes não é suficiente para compelir o Congresso Nacional a cumprir sua função constitucional, já vinculada por meio da norma de eficácia limitada³⁶. Ou seja, consoante o já explanado pelo Min. Celso de Mello na ementa do MI 542/SP anteriormente citada, o legislador incorre em mora, mediante postura repudiável, de deliberadamente não cumprir tanto sua função institucional quanto a decisão, reconhecendo sua omissão, da Corte Suprema.

Segundo Pedro Lenza, a doutrina adotada, corrente dominante no Pretório Excelso durante muito tempo, chama-se *não-concretista*, e as decisões baseadas em sua fundamentação apenas decretam a mora do órgão competente, com um reconhecimento formal de inércia. “A providência jurisdicional, nestes termos, tornava-se inócua.”³⁷ Em crítica a tal posicionamento, o julgamento do MI 587/MT, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence:

EMENTA: Juros reais: limitação constitucional (art. 192, § 3º) de eficácia pendente de lei complementar, conforme decisão majoritária do STF: **procedência parcial do mandado de injunção, na linha dos numerosos e improfícuos precedentes a respeito para declarar a mora legislativa e comunicá-la ao Congresso Nacional**³⁸ (grifos meus).

Como bem observado pelo Min. Pertence, improfícuo a decisão de somente declarar a mora legislativa e comunicá-la ao Congresso Nacional, eis que se punha fim à ação apenas formalmente; o direito subjetivo buscado permanecia sem tutela qualquer, uma vez que dependente da vontade política dos deputados e senadores de regulamentar a matéria (em casos, flagrantemente inexistente).

A tutela concedida, à época da adoção da teoria não-concretista, era tipicamente declaratória. O STF declarava a ausência de norma regulamentadora para o exercício do direito, bem como a mora legislativa, e comunicava o Congresso

³⁶ Conforme já visto acima, de acordo com SILVA, José Afonso da, *Op. cit.*

³⁷ LENZA, Pedro. *Op. Cit.*, pp. 741.

³⁸ STF. *MI 587/MT*. Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 03/10/2001.

Nacional ou o responsável pela edição da norma para que tomasse providências. Entretanto, é patente que a tutela em questão não se coaduna com a vontade concreta da constituição; esvazia, assim, a Carta Magna de sua força normativa, a fazendo descumprir por via reflexa. As decisões tomadas na esteira desse posicionamento tornavam-se completamente inofensivas, vez que, em que pese existir a declaração da mora legislativa, nada era concretamente feito para supri-la. A concretização do direito constitucionalmente assegurado ao indivíduo passava a depender unicamente da vontade política dos parlamentares brasileiros.

Com efeito, o cidadão, uma vez que haja disposição constitucional em seu favor (ainda que “incompleta”), não pode ficar refém apenas da vontade política legislativa (evidente que aplicando-se aqui todas as disposições concernentes à chamada “reserva do possível”), sob pena de não-concretização da vontade constitucional como um todo. Incorre, notadamente, o legislador ordinário em inconstitucionalidade por, ainda que por omissão, negar aplicabilidade plena a um dispositivo constitucional. Se o constituinte preocupou-se em dispor sobre a matéria X de modo Y na carta constitucional, com a delegação expressa de regulamentação por norma infraconstitucional, a omissão, em tal caso, deve ser tomada como afronta direta ao texto da CRFB.

2.3. HISTÓRICO II: TEORIAS CONCRETISTAS INDIVIDUAIS

A evolução da hermenêutica constitucional na matéria, no entanto, trouxe à Corte ciência do reiterado descumprimento das decisões por ela emanadas, pelo

que passou a adotar comportamento diferente quando do julgamento dos mandados de injunção que lhe competiam. O posicionamento adotado, por oposição ao anteriormente explanado, foi denominado de *concretista*, o qual, por sua vez divide-se em *geral ou individual* e, este, em *individual direto* ou *individual intermediário*.³⁹

O posicionamento chamado de *concretista individual intermediário* é aquele em que “o Judiciário fixa ao Legislativo prazo para elaborar a norma regulamentadora. Findo o prazo e permanecendo a inércia do Legislativo, o autor passa a ter assegurado o seu direito”⁴⁰, com efeitos apenas *inter partes*. É a corrente adotada no acórdão do MI 232/RJ, por exemplo, de lavra do Min. Moreira Alves:

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 providências legislativas que se impoem 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**⁴¹ (grifo meu).

Note-se que a evolução não foi uniforme, vez que houve choque de correntes dentro da própria Corte Suprema, de modo que o julgamento em 1994, três anos depois, do MI 361/RJ, adotou novamente a teoria não-concretista. A adoção de uma ou outra tese parecia variar de acordo com o caso concreto:

EMENTA: I – MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: ADMISSIBILIDADE, POR APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 5., LXX, DA CONSTITUIÇÃO; LEGITIMIDADE, NO CASO, ENTIDADE SINDICAL DE PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS, AS QUAIS, NOTORIAMENTE DEPENDENTES DO CRÉDITO BANCÁRIO, TEM INTERESSE COMUM NA EFICÁCIA DO ART. 192, PAR. 3., DA CONSTITUIÇÃO, QUE FIXOU LIMITES AOS JUROS REAIS. II. **MORA LEGISLATIVA: EXIGÊNCIA E CARACTERIZAÇÃO: CRITÉRIO DE RAZOABILIDADE. A MORA - QUE É PRESSUPOSTO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO LEGISLATIVA -, E DE SER RECONHECIDA, EM CADA CASO, QUANDO,**

³⁹ LENZA, Pedro. *Op. Cit.*

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 741.

⁴¹ STF. MI 232/RJ. Rel.: Min. Moreira Alves. Julgado em 02/08/1991.

DADO O TEMPO CORRIDO DA PROMULGAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL INVOCADA E O RELEVO DA MATÉRIA, SE DEVA CONSIDERAR SUPERADO O PRAZO RAZOAVEL PARA A EDIÇÃO DO ATO LEGISLATIVO NECESSARIO A EFETIVIDADE DA LEI FUNDAMENTAL; VENCIDO O TEMPO RAZOAVEL, NEM A INEXISTÊNCIA DE PRAZO CONSTITUCIONAL PARA O ADIMPLEMENTO DO DEVER DE LEGISLAR, NEM A PENDÊNCIA DE PROJETOS DE LEI TENDENTES A CUMPRI-LO PODEM DESCARACTERIZAR A EVIDENCIA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PERSISTENTE OMISSAO DE LEGISLAR. III. JUROS REAIS (CF,ART.192, PAR. 3.): PASSADOS QUASE CINCO ANOS DA CONSTITUIÇÃO E DADA A INEQUIVOCA RELEVÂNCIA DA DECISÃO CONSTITUINTE PARALISADA PELA FALTA DA LEI COMPLEMENTAR NECESSARIA A SUA EFICACIA - CONFORME JA ASSENTADO PELO STF (ADIN 4, DJ 25.06.93, SANCHES) -, DECLARA-SE INCONSTITUCIONAL A PERSISTENTE OMISSAO LEGISLATIVA A RESPEITO, PARA QUE A SUPRA O CONGRESSO NACIONAL. IV. MANDADO DE INJUNÇÃO: NATUREZA MANDAMENTAL (MI 107-QO, M. ALVES, RTJ 133/11): **DESCABIMENTO DE FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O SUPRIMENTO DA OMISSAO CONSTITUCIONAL, QUANDO - POR NÃO SER O ESTADO O SUJEITO PASSIVO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE EXERCÍCIO OBSTADO PELA AUSÊNCIA DA NORMA REGULAMENTADORA (V.G, MI 283, PERTENCE, RTJ 135/882) -, NÃO SEJA POSSIVEL COMINAR CONSEQUENCIAS A SUA CONTINUIDADE APÓS O TERMO FINAL DA DILAÇÃO ASSINADA⁴² (grifo meu).**

Como observa Alexandre de Moraes, o posicionamento *concretista individual intermediário* foi consagrado na Corte Suprema brasileira pelo Min. Néri da Silveira. O pronunciamento do ministro na sétima sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, realizada em 16/03/1995, é elucidante quanto à matéria:

Há, como sabemos, na Corte, no julgamento dos mandados de injunção, três correntes: a majoritária, que se formou a partir do mandado de injunção nº 107, que entende deva o Supremo Tribunal Federal, em reconhecendo a existência da mora do Congresso Nacional, *comunicar* a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. Outra corrente, minoritária, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, *decide*, desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção e provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto. Por último, registro minha posição, que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. Adoto posição que considero *intermediária*. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento da reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da

⁴² STF. *MI 361/RJ*. Rel.: Min. Néri da Silveira; Rel. p/ acórdão: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 08/04/1994.

omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito *in concreto*. É, por isso mesmo, uma posição que me parece concilia a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei. Esse tem sido o sentido de meus votos, em tal matéria. De qualquer maneira, porque voto isolado e vencido, não poderia representar uma ordem ao Congresso Nacional, eis que ineficaz. De outra parte, em se cuidando de voto, no julgamento de processo judicial, é o exercício, precisamente, da competência e independência que cada membro do Supremo Tribunal Federal tem, e necessariamente há de ter, decorrente da Constituição, de interpretar o sistema da Lei Maior e decidir os pleitos que lhe sejam submetidos, nos limites da autoridade conferida à Corte Suprema pela Constituição.⁴³

O ministro Néri da Silveira, em que pese ser voto vencido como por si mesmo declarado na citação acima, firmou sua posição ao conciliar as duas correntes existentes na Corte Suprema, com uma solução que foi, aparentemente, bastante razoável. Ao mesmo tempo em que não esbulha o Poder Legislativo de sua competência constitucional, dá efetividade à vontade constitucional.

Na esteira do que foi visto sobre a natureza das tutelas jurisdicionais, é possível asseverar que a tutela concedida pelos adotantes da teoria concretista individual intermediária trata-se de tutela constitutiva (no caso, com constitutividade 5 e declaratoriedade 4), eis que, após a declaração da mora do legislador e de expirado o prazo concedido para que seja sanada a omissão, a decisão opera modificação no mundo jurídico (é dizer, garante o exercício do direito, ainda que sem a necessária regulamentação). Trata-se de tutela constitutiva positiva. Insta aclarar que não se pode cogitar de tutela mandamental. Consoante os ensinamentos de Pontes de Miranda, já referidos no presente estudo, a tutela mandamental tem o condão de colocar o destinatário do *mandamus* em situação de sujeição perante a autoridade que emite a ordem, o que claramente não ocorre no caso em questão.

⁴³ NÉRI DA SILVEIRA, José. Ata da 7ª (sétima) sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal. Ocorrida em 16/03/1995, publicada em 04/04/1995 no Diário da Justiça, seção I, p. 8.265, *apud* MORAES, Alexandre de, *op. cit.*, pp. 164.

Veja-se que a separação dos poderes, consagrada na Carta Magna, impõe a independência e harmonia daqueles entre si, de modo que a maioria dos autores não concebe, *a priori*, que o Judiciário possa emitir mandamento em face do Legislativo para que faça ou deixe de fazer algo, no que diz respeito à sua atuação como poder político.

Com a necessária e constante mutação constitucional, chegou-se ao conceito da teoria *concretista individual direta*. As decisões de injunção que adotam tal doutrina, ao conceder a injunção, implementam o direito buscado de modo direto, ainda com efeitos somente *inter partes*.

Não se oportuniza ao Congresso Nacional, a exemplo do que acontece nas decisões que adotam a teoria individual intermediária, o saneamento da omissão por intermédio de comunicação ou declaração da mora legislativa, o que inclusive se justifica, tendo em vista alguns fatos basilares: por primeiro, ressalta-se que a Constituição Federal data de 1988, e a cada dia que passa encontramos-nos mais afastados da data de sua promulgação; em outras palavras, é dizer que a passagem do tempo apenas agrava a omissão em que incorre o Legislativo Federal ao não regulamentar direitos. Em segundo lugar, conforme já explicitado anteriormente, a grande gama de direitos que necessitam de regulamentação encontram assentamento em norma constitucional de eficácia limitada, a qual, como igualmente já visto, *cria um poder-dever para o legislador ordinário*, qual seja, o de regulamentar o exercício da liberdade em questão. Acrescenta-se, no que tange à vinculação do legislador ordinário, o que diz Eurico Bitencourt Neto:

Os direitos sociais, sujeitos, em regra, a prévia manifestação estatal quanto à definição de meios e alocação de recursos, em relação à dimensão prestacional de sua eficácia, vinculam, como todos os direitos fundamentais, em qualquer de suas formas, os três Poderes do Estado, mas tal vinculação se dá em graus distintos. O legislador é, em geral, o primeiro destinatário,

em função do princípio da legalidade, que significa reserva de lei para a definição de escolhas primárias a partir da Constituição.⁴⁴

Assim, o legislador acaba por ser o destinatário primário da norma de eficácia limitada, ficando vinculado ao seu cumprimento com a edição da norma, o que deixa de fazer. Por último, a não-comunicação ao Congresso justifica-se porque, mesmo ciente dos dois motivos anteriores, insiste em quedar-se inerte diante do problema concreto, seja por (in)conveniência legislativa, seja por desdém para com a Carta Política.

Em todo caso, o que faz a tutela concedida com base na teoria individual direta é justamente implementar o direito para o caso concreto, geralmente utilizando-se de analogia com legislação já existente para eventual caso semelhante, sem notificar previamente o Congresso Nacional para que edite a lei. Na atual composição da Corte Suprema brasileira, o Ministro Marco Aurélio é um dos que adota a tese em questão, como faz prova a ementa do MI 1083/DF, de sua relatoria, que segue transcrita:

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. APOSENTADORIA ESPECIAL - SERVIDOR PÚBLICO - TRABALHO EM AMBIENTE INSALUBRE - PARÂMETROS. Os parâmetros alusivos à aposentadoria especial, enquanto não editada a lei exigida pelo texto constitucional, são aqueles contidos na Lei nº 8.213/91, não cabendo mesclar sistemas para, com isso, cogitar-se de idade mínima.⁴⁵

⁴⁴ BITENCOURT NETO, Eurico. *Mandado de Injunção na tutela de direitos sociais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, pp. 124.

⁴⁵ STF. *MI 1083/DF*. Rel.: Min. Marco Aurélio. Julgado em 02/08/2010.

Conclui-se que, assim, a partir da teoria concretista individual direta, o STF assume uma posição mais ativa (ainda que timidamente), deixando de lado a inércia legislativa e tomando a si a responsabilidade de efetivar a vontade constitucional no caso concreto. Ressalta o relator que a ação é de caráter mandamental, e não simplesmente declaratória, o que até se pode aceitar em uma interpretação ampliada, no sentido de que o *mandamus*, no caso em questão, seria dirigido, de modo abstrato, a toda a coletividade (ou, ainda, a quem tivesse de aplicar a norma – no caso dos autos, o órgão previdenciário, para que concedesse aposentadoria diferenciada ao servidor público impetrante), para que se aplicasse a norma por analogia àquele caso concreto. Difícil cogitar-se de tutela constitutiva, considerando que a mudança no mundo jurídico é muito pouca: não se constitui positiva nem negativamente. Uma interpretação possível seria a da constituição modificativa, alterando-se temporariamente a regulação da situação de fato no intuito de ser regida pela lei já existente, aplicada por analogia. Não parece, entretanto, que a carga de constitutividade da tutela seja suficiente a classificá-la como tal, de modo que aceita-se, por ora, a classificação da tutela como mandamental.

A seguir, passa-se à análise da teoria concretista geral.

2.4. HISTÓRICO III: TEORIA CONCRETISTA GERAL

Na escassa doutrina sobre a matéria, a última dentre as posições mais citadas pelos constitucionalistas é a posição concretista geral. Tal posicionamento

consiste, basicamente, em conceder efeitos *erga omnes* à tutela concedida com base na teoria individual direta. Alexandre de Moraes observa que,

[...] pela *concretista geral*, a decisão do Poder Judiciário terá efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente. Esta posição é pouco aceita na doutrina [...]⁴⁶.

Em que pese ser a posição mais refutada, ganha força na doutrina corrente, tendo inclusive se manifestado em julgamento do Supremo Tribunal Referral referente ao direito de greve no serviço público.

As ações, de regra impetradas por sindicatos de servidores públicos, buscavam uma regulamentação na matéria, tendo em vista que a ausência de norma regulamentadora, no caso concreto, permitiria abusos de ambas as partes (tanto dos servidores quanto do Estado), dando também margem a todo tipo de confusão procedimental (por exemplo, a quem comunicar o estado de greve, com quanta antecedência etc).

Necessária se faz a transcrição da ementa do MI 708/DF, de louvável lavra do Min. Gilmar Mendes, pelo brilhantismo e pela completude com que aborda o tema, sendo tal decisão uma das que manifestou por primeiro a posição concretista geral na Corte Constitucional brasileira:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 1.1. No julgamento do MI no

⁴⁶ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, pp. 165.

107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legislativo, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; v) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; **v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador.**

1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, **o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva** (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003.

2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. 2.1. O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Precedentes: MI no 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996; MI no 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002; e MI no 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.8.2002.

2.2. Em alguns precedentes (em especial, no voto do Min. Carlos Velloso, proferido no julgamento do MI no 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002), aventou-se a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado (Lei no 7.783/1989).

3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO. 3.1. A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento

grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira "lei da selva". 3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional no 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. 3.3. **Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.** 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. **Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2o).** 4. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. REGULAMENTAÇÃO DA LEI DE GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL (LEI No 7.783/1989). FIXAÇÃO DE PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL. 4.1. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às "atividades essenciais", é especificamente delineada nos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9o, caput, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9o, §1o), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição. Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional. 4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII). 4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos do regime fixado pelos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses "serviços ou atividades essenciais" seja menos severa que a

disciplina dispensada aos serviços privados ditos "essenciais". 4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989 é apenas exemplificativa (numerus apertus).

5. O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DE EVENTUAIS DISSÍDIOS DE GREVE QUE ENVOLVAM SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DEVEM OBEDECER AO MODELO DE COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES APLICÁVEL AOS TRABALHADORES EM GERAL (CELETISTAS), NOS TERMOS DA REGULAMENTAÇÃO DA LEI No 7.783/1989. A APLICAÇÃO COMPLEMENTAR DA LEI No 7.701/1988 VISA À JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS QUE ENVOLVAM OS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO CONTEXTO DO ATENDIMENTO DE ATIVIDADES RELACIONADAS A NECESSIDADES INADIÁVEIS DA COMUNIDADE QUE, SE NÃO ATENDIDAS, COLOQUEM "EM PERIGO IMINENTE A SOBREVIVÊNCIA, A SAÚDE OU A SEGURANÇA DA POPULAÇÃO" (LEI No 7.783/1989, PARÁGRAFO ÚNICO, ART. 11).

5.1. Pendência do julgamento de mérito da ADI no 3.395/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, na qual se discute a competência constitucional para a apreciação das "ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (CF, art. 114, I, na redação conferida pela EC no 45/2004).

5.2. Diante da singularidade do debate constitucional do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, deve-se fixar também os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliada, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos civis.

5.3. No plano procedimental, afigura-se recomendável aplicar ao caso concreto a disciplina da Lei no 7.701/1988 (que versa sobre especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos), no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF.

5.4. A adequação e a necessidade da definição dessas questões de organização e procedimento dizem respeito a elementos de fixação de competência constitucional de modo a assegurar, a um só tempo, a possibilidade e, sobretudo, os limites ao exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos, e a continuidade na prestação dos serviços públicos. Ao adotar essa medida, este Tribunal passa a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem desconsiderar a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos - um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas pela sociedade.

6. DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIAÇÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989.

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

6.2. Nessa extensão do deferimento do

mandado de injunção, aplicação da Lei no 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF. 6.3. Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2o, I, "a", da Lei no 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6o da Lei no 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6o da Lei no 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais.

6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7o da Lei no 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7o da Lei no 7.783/1989, in fine).

6.5. Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve.

6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria.

6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis⁴⁷ (grifos meus).

Da leitura atenta da ementa, nota-se que há a ampliação do espectro de eficácia da decisão para além do impetrante (Sindicato dos Trabalhadores em

⁴⁷ STF. *MI 708/DF*. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 25/10/2007.

Educação do Município de João Pessoa – Sintem), alcançando todo o funcionalismo público do país. O STF adota, em tal decisão e em outras sobre o mesmo tema (por exemplo, MI 712/PA, relatado pelo Min. Eros Grau), posição mais arrojada, de modo a, aceitando a figura do Mandado de Injunção coletivo por analogia ao Mandado de Segurança, conceder a injunção mesmo para além daquela coletividade de impetrantes. O caso é assaz específico, e considerando-se que figura o direito em questão como individual homogêneo, a solução parece a mais acertada.

É salutar sublinhar que a decisão do MI 708/DF reconhece que o STF, ocupante da posição de Corte Constitucional da República, não pode quedar-se silente diante da inércia do Poder Legislativo, cogitando inclusive, nestes casos, da atribuição temporária de poder normativo ao Pretório Excelso para resolução da questão de modo definitivo. A interpretação do Min. Gilmar Mendes vem ao encontro do que se defende no presente estudo, eis que a ausência de interesse político em regulamentar esta ou aquela matéria não pode obstaculizar, sob pena de mácula de inconstitucionalidade por omissão, o cumprimento da vontade constitucional.

Críticas em relação às teorias serão feitas em momento oportuno. Agora, é relevante o seguinte questionamento: ainda que seja aceito qualquer dos posicionamentos concretistas explanados, como proceder quando não houver qualquer lei para aplicar por analogia? Como resolver o impasse jurídico da necessidade de regulamentação do direito para o exercício, não bastando a concessão do direito, como pretende a teoria individual intermediária? A doutrina, sempre mais ágil em mudanças do que a jurisprudência, cogita de um caminho alternativo aos posicionamentos já relatados, o que se chama hoje em dia de Sentença Normativa. É o que se analisará no capítulo seguinte.

3 SENTENÇA NORMATIVA NO MANDADO DE INJUNÇÃO

3.1 SENTENÇA NORMATIVA – CONCEITO

Certa parte da doutrina constitucionalista, tanto em âmbito nacional quanto internacional, tem envidado esforços em investigar as possibilidades de adoção do que é chamado de Sentença Normativa. Tal nome é dado às decisões de órgãos colegiados que, em sede de determinados tipos de ações, criam norma geral e abstrata. É importante sublinhar desde logo que a competência para a prolação de Sentenças Normativas não encaixa-se sem desconforto na clássica tripartição de poderes de Montestquieu; entretanto, é um instituto jurídico relativamente recente, cuja utilização não é tão larga quanto deveria ser.

Na sentença normativa, a função de legislar – tipicamente exercida pelo Parlamento – é empregada pelo Poder Judiciário e/ou pela Corte Constitucional, dependendo do modo de separação de poderes de cada país, para dar solução a algum processo que dependa da edição de uma lei que ainda não existe. Constitui-se, em geral, de juízo de equidade (utilizado em larga escala na decisão das *Injunctions* britânicas e norte-americanas, consoante já explanado no capítulo 1 deste trabalho). Necessário observar que o fato de o Judiciário e/ou a Corte Constitucional exercer, neste caso, a função legislativa, não deve caracterizar em absoluto usurpação de poder, eis que o sistema de tripartição brasileiro, ainda que arcaico, conta com uma regulação de “freios e contrapesos”. O exercício da função legislativa somente se daria em casos muito específicos (conforme a seguir se mostrará), e apenas pela guarda e concretização da Constituição, pelo que é até

mesmo *dever* do STF exercer tal prerrogativa. No tópico, vale citar o texto de Henrique Macedo Hinz:

É tradicional e história na doutrina constitucional a tripartição das funções do Estado em legislativa, executiva e judiciária. Se à época da Revolução Francesa essa separação era a maior possível, afirma-se hoje, com o evoluir da disciplina e da própria sociedade ocidental, com mais propriedade, em funções típicas e atípicas de cada um dos órgãos do Estado. Por essa razão, poderá um dos órgãos exercer, em caráter atípico, funções de um ou dos outros dois. Assim, e de modo exemplificativo, o órgão executivo exerce função legislativa ao baixar um decreto, ou atua como se Judiciário fosse ao julgar os processos administrativos de sua competência.⁴⁸

A jurista Angela Cristina Pelicoli examinou a fundo a utilização da Sentença Normativa, em especial em sede de jurisdição constitucional, na obra “Sentença Normativa na Jurisdição Constitucional: O Supremo Tribunal Federal como legislador positivo”, livro de grande valia à análise que ora é feita e que será utilizado como base para alguns dos conceitos aqui esboçados. Sobre o conceito de sentença normativa, conclui a autora que é

[...] um tipo de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que, entre outras características, possui eficácia *erga omnes*. Mesmo se sabendo que, no ordenamento jurídico brasileiro, as decisões proferidas pelos Tribunais são denominadas de acórdãos, conforme determina o art. 163 do Código de Processo Civil, o termo sentença normativa aqui designa as decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal que, resolvendo conflitos submetidos à sua jurisdição, criam norma geral e abstrata, com o objetivo de concretizar a Constituição de 1988. [...] O termo “sentença normativa” foi o escolhido porque, por meio dele, melhor se compreende o resultado do exercício pelo Supremo Tribunal Federal da função de criar norma geral e abstrata. Com efeito, o termo sentença normativa é auto-explicativo, elucidativo, pois designa justamente seu significado, qual seja, a decisão proferida em sede de controle concentrado abstrato capaz de criar norma geral e abstrata, em que o juiz constitucional da Corte Suprema assume o papel de legislador positivo, tendo como objetivo primordial a garantia dos direitos fundamentais e do princípio de igualdade estipulados na Constituição.⁴⁹

É correto afirmar, por conseguinte, que o Supremo Tribunal Federal, nos casos já constitucionalmente previstos de omissão do legislador infraconstitucional (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção), tem

⁴⁸ HINZ, Henrique Macedo. *Direito Coletivo do Trabalho – 2ª edição*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 140/141.

⁴⁹ PELICOLI, Angela Cristina. *A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo*. São Paulo: Editora LTr, 2008, pp. 182/183.

como próprio dever derivado da constituição investir-se na função de legislador até a superveniência de lei *stricto sensu*, sob pena de dar continuidade à omissão já perpetrada pelo Congresso Nacional. É, portanto, sentença normativa aquela decisão que profere o STF quando investido na função atípica de legislar.

Ainda, importa destacar que o instituto não é mera fabulação, ganhando aplicabilidade em concreto já em uma larga gama de países. Angela Cristina Pelicioli trabalha, por exemplo, com o instituto como já existente na Venezuela, Peru e Itália⁵⁰, onde parece mais difundido. De acordo com a pesquisa de Pelicioli, as Sentenças Normativas prolatadas pela Corte Constitucional italiana subdividem-se em *aditiva*⁵¹, *aditiva de princípio*⁵², *substitutiva*⁵³ e *monitória*⁵⁴. Não é parte do objeto deste estudo, no entanto, ocupar-se dos pormenores acerca das tutelas das sentenças normativas italianas, as quais são trazidas à colação a título de exemplificação apenas.

Angela Cristina Pelicioli aponta a sentença normativa como uma evolução necessária na jurisdição constitucional, e formula determinados requisitos, assim entendidas as condições de fato e de direito que autorizariam o STF a proferir sentença normativa:

Por isso, a sentença normativa proferida pela Corte Suprema é um deos mecanismos que servem para dinamizar a aplicação da Constituição, sendo

⁵⁰ PELICOLI, Angela Cristina. *Op. cit.*

⁵¹ “A sentença aditiva é aquela que declara a inconstitucionalidade de uma lei que deveria ter previsto alguma situação jurídica, mas assim não procedeu, atuando de modo a preencher uma omissão do legislador ou uma omissão que seria produzida pelo próprio Tribunal Constitucional, em decorrência do exercício de sua função de controle”. *Ibidem*, pp. 191.

⁵² Sentença pela qual a Corte reconhece “uma margem de discricionariedade política ao legislador, que deverá intervir *in concreto* com a própria disciplina organizada e, por outro lado, a Corte declara a inconstitucionalidade de uma lei enquanto não previsto um princípio constitucionalmente necessário, que ela reclama e que o legislador deverá ainda desenvolver.” VERGOTTINI, Giuseppe de *apud* PELICOLI, Angela Cristina. *Ibidem*, pp. 192.

⁵³ “As sentenças substitutivas caracterizam-se por inovar o ordenamento preexistente, introduzindo disposições com eficácia *erga omnes*.” *Ibidem*, pp. 193.

⁵⁴ “Outro tipo de decisório do Tribunal Constitucional é representado pela sentença monitória (sentença de advertência), com a qual a Corte tenta exercer uma influência sobre a atividade parlamentar, sugerindo indicações ou fixando condições ao legislativo para suprir a deficiência legislativa perante a constituição.” *Ibidem*, pp. 195.

um estágio inevitável na evolução da jurisdição constitucional. Assim, são requisitos concomitantes da sentença normativa: a) omissão ou edição de lei ou ato normativo que contrarie a Constituição; e b) observância da realidade histórica e dos resultados possíveis.⁵⁵

A este estudo, entretanto, importa tão somente, no quesito da omissão, a ausência de normatização do direito instituído por meio de norma constitucional de eficácia limitada. Quanto à observância da realidade histórica e dos resultados possíveis, apenas o exame do caso concreto e a razão prática poderão nortear o julgador à decisão justa.

Da análise do conceito delineado, portanto, depreende-se que o Supremo Tribunal Federal já vem prolatando (em sede de controle concentrado de constitucionalidade, em geral), sentenças normativas, a saber, com eficácia *erga omnes* e, de regra, no exercício da Jurisdição Constitucional que acumula com a função jurídica de última instância. Há apenas, entretanto, investigação doutrinária a respeito, raramente admitindo o STF que investe-se na função legislativa.

Importa ressaltar, contudo, que o molde de decisão que o STF tem adotado nos casos em que, ainda que não admita, profere sentença normativa, até mesmo em função da natural resistência dos membros da Corte em avançar além do que lhes é constitucionalmente permitido, não é ainda plenamente satisfatório à concretização da norma constitucional que, originariamente, vinculou o Congresso Nacional a efetivá-la. Conforme já mencionado no capítulo 2 acima, principalmente em sede de Mandado de Injunção, o máximo que fez o STF foi determinar a adoção de norma, por analogia, para a solução temporária do problema subjacente à ação. Não editou ato que, com texto e características próprias, regulamentasse o exercício do direito negado. Compreensível, considerando que o próprio dispositivo constitucional que instituiu o Mandado de Injunção não lhe deu meios de

⁵⁵ PELICOLI, Angela Cristina. *Op. cit.*, pp. 203.

aplicabilidade direta, é dizer, não indicou ao operador do Direito o que exatamente fazer ao conceder a injunção. O molde da decisão será objeto de análise própria, pelo que, por ora, insta questionar: há previsão expressa de sentença normativa no ordenamento jurídico brasileiro? A próxima sessão trará a resposta.

3.2 SENTENÇA NORMATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO EM SEDE DE MANDADO DE INJUNÇÃO

A previsão expressa de sentença normativa encontra-se no texto da Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei 5.452/43. A sentença normativa é proferida pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou pelo Tribunal Superior do Trabalho nos casos de Dissídio Coletivo de Natureza Econômica, ação que deve ajuizada, de competência originária dos Tribunais (CLT, art. 678, I, 'a'), quando, após provocação, tanto o sindicato dos empregados ou o das empresas se negue a proceder à negociação coletiva.

A negociação coletiva vem a ser a elaboração de convenção coletiva de trabalho (entre dois sindicatos) ou de acordo coletivo de trabalho (entre o sindicato dos empregados e uma empresa específica), modo de Direito Negociado, onde são estabelecidas determinadas condições de trabalho, mais benéficas aos trabalhadores do que o mínimo legal. O texto literal da lei diz que as partes, quando provocadas, não podem negar a submeterem-se à negociação coletiva (CLT, art. 616), pelo que o remédio para tal caso seria a instauração de dissídio coletivo. Sobre os dissídios coletivos, ensina Henrique Macedo Hinz:

[...] o ordenamento jurídico brasileiro atribui à Justiça do Trabalho, órgão do Poder Judiciário, competência para solucionar conflitos verificados nas relações materiais de trabalho. [...] Os dissídios coletivos podem fundar-se na necessidade de o tribunal *criar* as normas a ser aplicadas às categorias litigantes, dado que estas não conseguiram chegar a um consenso (o que geraria a celebração de um acordo ou convenção coletiva de trabalho), ou então *interpretar* normas laborais na ocorrência de dúvida acerca da interpretação de uma cláusula de acordo ou convenção coletivos de trabalho ou mesmo de uma sentença normativa⁵⁶ (grifos no original).

A instauração da instância do dissídio coletivo se dá mediante requerimento ao Presidente do Tribunal Regional do Trabalho com jurisdição sobre a área de abrangência dos sindicatos. A negociação pode se dar também em âmbito nacional, no caso de federações ou confederações (caso recorrente em relação à categoria dos bancários), pelo que a competência originária é do Tribunal Superior.

A sentença normativa prolatada tem vigência por prazo máximo de quatro anos, podendo ser revista, mediante requerimento, após um ano de sua vigência, consoante dispõe a própria CLT.

É interessante notar o texto legal no que diz respeito ao procedimento do julgamento do dissídio coletivo, o qual segue transcrito:

Art. 862 - Na audiência designada, comparecendo ambas as partes ou seus representantes, o Presidente do Tribunal as convidará para se pronunciarem sobre as bases da conciliação. Caso não sejam aceitas as bases propostas, **o Presidente submeterá aos interessados a solução que lhe pareça capaz de resolver o dissídio** (grifo meu).

A decisão é, por expressa disposição legal, tomada em sede de Juízo de equidade. Considerando que é vedado ao julgador deixar de proferir decisão em função da falta de lei, o Juiz, no caso em questão, utilizando-se da experiência jurídica de que é titular, decide com base no bom senso e razão prática, de modo que a norma elaborada por intermédio do processo seja justa (a saber, não onere em demasiado o empregador, destinatário direto, e tampouco deixe o empregado sem as condições necessárias de trabalho).

⁵⁶ HINZ, Henrique Macedo. *Op. cit.*, pp. 137.

Da análise de algumas decisões dessa espécie, nota-se justamente que têm a forma de “contratos”, com cláusulas. O sindicato suscitante faz pedidos específicos, enumerando-os em cláusulas, e o Tribunal manifesta-se especificamente sobre os requerimentos elaborados. Como exemplo, trecho da decisão prolatada no Dissídio Coletivo nº 0275800-44.2005.5.04.0000, julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região em 04/10/2010:

II - MÉRITO:

II.1. CLÁUSULAS ECONÔMICAS.

CLÁUSULA PRIMEIRA - REAJUSTE SALARIAL.

PEDIDO: - Os integrantes da categoria profissional suscitante terão em 01 de setembro de 2005, database da categoria, seus salários reajustados em 100% (cem por cento) do INPC/IBGE acumulado, do período compreendido entre os meses de 01 de setembro de 2004 a 31 de agosto de 2005.

VOTO: Defere-se, em parte, o pedido, na esteira do entendimento predominante nesta Seção de Dissídios Coletivos, concedendo, por arbitramento, aos integrantes da categoria profissional suscitante, a partir de 1º de setembro de 2005, o **reajuste de 5,05** (cinco vírgula zero cinco por cento), a incidir sobre os salários praticados em 1º de setembro de 2004, observado, no que se refere às compensações, o que segue: ressalvadas as situações decorrentes de término de aprendizagem, promoção por merecimento e antiguidade, transferência de cargo, função, estabelecimento ou de localidade, bem como de equiparação salarial determinada por sentença transitada em julgado, na hipótese de empregado admitido após a data-base, ou, em se tratando de empresa constituída e em funcionamento depois da data-base, o reajustamento será calculado de forma proporcional em relação à data de admissão, e com preservação da hierarquia salarial.

CLÁUSULA SEGUNDA - AUMENTO REAL DE SALÁRIO.

PEDIDO: As empresas concederão aos seus empregados um aumento real no percentual de 30% (trinta por cento) em julgamento ou 20% (vinte por cento) em conciliação, que incidirá sobre os salários decorrentes da aplicação da cláusula 01 supra.

VOTO: Indefere-se o pedido, por não constarem dos autos indicadores objetivos a amparar a pretensão.

CLÁUSULA TERCEIRA - SALÁRIO MÍNIMO PROFISSIONAL.

PEDIDO: Fixação de um salário mínimo profissional mensal, para os integrantes da categoria profissional suscitante da seguinte forma:

I) a partir de 1º de setembro de 2005, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

II) a partir de 1º de maio de 2005, no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais).

Parágrafo primeiro: aos empregados comissionistas será assegurado um salário mínimo profissional, superior em 30% (trinta por cento) aos valores fixados nos incisos I e II desta cláusula.

Parágrafo segundo: o salário mínimo profissional fixado no "caput" desta cláusula deverá ser corrigido, na mesma época e nos mesmos índices aplicáveis ao salário mínimo oficial do governo.

Parágrafo terceiro: o salário mínimo profissional nunca será inferior ao equivalente a 1.35 do piso salarial estadual, fixado pela Lei Estadual nº 11467 16.07.2001.

VOTO: Considerando-se o maior salário nominal previsto na norma revisanda, vigente em setembro/2004 (R\$405,00 (quatrocentos e cinco reais)), observados o índice de reajuste concedido na cláusula primeira 5,05 (cinco vírgula zero cinco por cento) e a abrangência fixada em preliminar,

defere-se os pedidos consignados no “caput” e nos §§ 1º, 2º e 3º, em parte, para fixar o salário normativo dos integrantes do segmento profissional suscitante que prestem serviços nas empresas representadas pelo suscitado remanescente, a partir de 01.09.2005, em R\$426,80 (quatrocentos e vinte e seis reais e oitenta centavos) [...] ⁵⁷.

Nota-se que o pedido deve ser feito com certo grau de especificidade, indicando ao julgador a pretensão exata do autor, a fim de evitar uma norma sem qualquer parâmetro. Mas a decisão em si é específica ao normativizar o exercício dos direitos das pessoas abrangidas pelo sindicato que ajuizou a ação.

É inegável o emprego de poder normativo por órgão judicial; ora, se há tal possibilidade prevista na constituição aos órgãos da Justiça do Trabalho, a fim de possibilitar negociação de condições de trabalho, não seria possível que o STF exercesse poder semelhante, em prol da efetividade da própria Carta Magna? Seria assim tão rígido o princípio de separação dos poderes a impossibilitar que uma decisão seja assim proferida pelo Pretório Excelso? Definitivamente, não. O princípio já é relativizado regularmente e é complacente o suficiente para que, em nome da própria Constituição, a Corte Suprema possa agir onde o Congresso se omitiu.

Ora, a ação de Mandado de Injunção tem lugar justamente quando há uma violação negativa da Constituição por parte do legislador. O dever de legislar, derivado diretamente da norma constitucional de eficácia limitada que institui direito cujo exercício se encontra obstaculizado, não é cumprido, ocasionando genuína inconstitucionalidade. Legitimidade tem, portanto, a Corte Suprema para suprir a omissão legislativa, mediante provocação. A sentença normativa é, sem dúvida alguma, o instrumento mais adequado para a resolução da situação fática. Eventualmente, uma tutela mandamental que determine a utilização de legislação análoga pode suprir a omissão; inobstante, não existem legislações análogas para

⁵⁷ TRT4. DC 0275800-44.2005.5.04.0000. Rel.: Desª Flávia Lorena Pacheco. Julgado em 04/10/2010.

todas as possíveis situações de violação negativa da Constituição pelo legislador ordinário. J.J. Gomes Canotilho ensina, no tocante:

A inconstitucionalidade por omissão é um instituto que reflecte as insuficiências resultantes da redução do Estado de direito democrático <<aos processos>> e instrumentos típicos dos ordenamentos liberais. Com efeito, a generalidade da doutrina não reconhece um *direito subjectivo dos cidadãos à actividade legislativa*. Embora haja um *dever jurídico-constitucional* ao legislador no sentido de este adoptar as medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas da Constituição, a esse dever não corresponde automaticamente um direito fundamental à legislação. Daí a insistência na necessidade de institucionalização de formas democráticas tendentes a um maior reforço da protecção jurídica contra omissões inconstitucionais (acções populares, direito de iniciativa legislativa popular, petições colectivas, e, em geral, formas de acentuação da democracia participativa)⁵⁸ (grifos no original).

Foi exactamente esta a intenção do constituinte de 1988 ao incluir na Carta da República o inciso LXXI do artigo 5º: permitir que o direito previsto constitucionalmente seja exercido. Não há, de fato, um direito subjectivo da população à legislação; entretanto, há pretensão, sim, de exercício de direito já previsto, em que pese a sua falta de regulamentação. É possível e legítima a investidura do STF, Corte de carácter tanto político quanto jurídico (eis que cumula funções de Corte Constitucional e última instância do Judiciário), na função de legislador atípico, prolatando sentença com força de lei até a superveniência de norma legal *stricto sensu*, por iniciativa do Congresso Nacional ou de quem quer que a deva exercer. E mais: o dever de resolver o conflito concreto não deve ser restrito a uma tutela mandamental, no sentido de determinação para aplicação de lei análoga. A Sentença Normativa a ser prolatada pelo STF, como verdadeira tutela constitutiva, deve, acima de tudo, solver o conflito submetido àquela Corte, inclusive com elaboração de texto novo a fim de regular a matéria, sempre que mais adequada tal solução à situação fática.

Ainda, ensina Angela Cristina Peliccioli:

⁵⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* – 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 1036/1037.

[...] a separação dos poderes não consistiu em uma mera distribuição de funções entre os Poderes constituídos, mas no estabelecimento de uma hierarquia entre o Poder Constituinte, criador da Constituição pelo povo, e os Poderes constituídos, em que estão inseridos os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A Constituição está acima de todos e seus poderes constituídos estão a serviço da Constituição. Caso quaisquer desses Poderes não cumpram com o previsto na Constituição, violando seus preceitos, o Poder Judiciário e, especialmente, o Supremo Tribunal Federal, deverá restabelecer a constitucionalidade das leis e dos atos normativos, por meio dos mecanismos postos à sua disposição.⁵⁹

O Supremo Tribunal Federal, na posição de guardião da Constituição, deve não apenas deixar de violá-la, mas também solucionar os conflitos advindos de sua violação negativa por parte dos outros dois poderes políticos.

Exaurido o ponto tangente à possibilidade de adoção da Sentença Normativa nas ações de mandado de injunção, passa-se ao ponto nevrálgico do presente capítulo: qual deve ser a extensão da eficácia da sentença normativa prolatada em sede de mandado de injunção? Deve a decisão produzir efeitos contra todos ou apenas para o impetrante?

3.3 APLICABILIDADE E ALCANCE DA EFICÁCIA DA SENTENÇA NORMATIVA PROLATADA PELO STF EM SEDE DE MANDADO DE INJUNÇÃO

A presente seção guarda relação com as teorias elencadas e investigadas no capítulo antecedente, mas é mister ressaltar que o caso ora em comento é diferente daquilo que o STF já consagrou: a conotação de mandar aplicar legislação análoga, ainda que com efeito contra toda uma coletividade, é fundamentalmente diferente da tutela de editar decisão que, tendo força de lei, produza efeito contra todos. O questionamento que surge é justamente este: pode a sentença normativa

⁵⁹ PELICIONI, Angela Cristina. *Op. cit.*, pp. 232.

prolatada produzir efeitos em relação a todos os indivíduos que, em virtude de situação fática igual, sujeitem-se à restrição imposta pela falta de regulamentação do direito?

Há autores que obstaculizam a concessão de efeito *erga omnes* para as decisões prolatadas em mandados de injunção, sob o pretexto de que se correria risco de diferentes regulamentações para o direito, dependendo do Juízo que decidisse a matéria.

O argumento, entretanto, não se sustenta. A competência para julgamento de mandados de injunção é, de regra, do STF. Em que pese não haja regulamentação expressa, como tudo em relação à ação constitucional em comento, não há vedação para que o Juiz de primeira instância julgue a ação. Contudo, o princípio da simetria da federação transferiria a competência ao Tribunal de Justiça ou aos Tribunais Regionais Federais dos estados, dependendo da autoridade omissa, o que elevaria a estabilidade jurisprudencial pelo menos até o nível estadual. É dizer, não haveria grande discrepância de decisões dentro da base territorial do mesmo estado. Quanto a diferenças em estados diferentes, seriam aceitáveis, tendo em vista justamente que os estados, como entes políticos, possuem o poder de legislar para si, e já ocorre, naturalmente, em matérias de sua competência, de diferentes situações legislativas em estados diferentes.

Outro argumento que é utilizado em desfavor do reconhecimento de efeito contra todos das decisões diz mais respeito antes à técnica processual do que ao direito material em si. Sucede que, *a priori*, não há como se aplicar os efeitos de uma decisão a quem não integre um dos pólos da lide submetida a julgamento. Com efeito, o argumento parece intransponível para as causas comuns. A causa em questão, entretanto, abarca a regulamentação de um direito constitucionalmente

garantido, e o princípio da máxima eficácia dos direitos pode permitir uma diversa criação jurisprudencial. De fato, trata-se de caso de anomia, pelo que cabe a aplicação, conforme o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.

O que se invoca em defesa é justamente o livre e gratuito acesso à Justiça. O argumento pode afigurar-se fraco à primeira vista, mas a sua análise o revela consistente. Conforme visto acima, grande parte da competência de julgamento dos mandados de injunção é do Supremo Tribunal Federal. Ora, nem todo cidadão brasileiro tem as condições financeiras necessárias a fim de ir até Brasília para impetrar uma ação que regulamente o exercício de um direito que, de início, já deveria ter sido regulamentado pelo Congresso Nacional ou pela autoridade competente. Pode ocorrer, ainda, de esta mesma pessoa não poder ser substituído processualmente por entidade de classe ou sindicato profissional, justamente por não pertencer a qualquer dos entes referidos. O cidadão que pode financeiramente sustentar o ajuizamento da ação teria uma norma a regulamentar o exercício de seu direito subjetivo. Como restará, entretanto, regulamentado o direito constitucional da pessoa que não tem condições de arcar com as despesas resultantes da ação?

Antes de qualquer discrepância jurisprudencial (até porque não ocorreria de forma tão acentuada, consoante já exposto), a não-concessão de efeito *erga omnes* nas decisões de mandado de injunção acarretaria uma massiva desigualdade material, ferindo os termos da própria Carta Magna de 1988. Macularia com inconstitucionalidade a decisão que foi prolatada visando a elidir a inconstitucionalidade omissiva do legislador ordinário.

Vale ressaltar que o efeito *erga omnes* aqui pretendido é, em parte, mitigado; ainda que a observação pareça pleonástica, é necessária: só produzirá

efeitos aos titulares do direito constitucional cujo exercício se encontra obstado pela falta de norma. É o típico caso de direito individual homogêneo, onde o direito deriva da mesma situação de fato para pessoas que não estejam necessariamente, de qualquer outro modo, juridicamente relacionadas.

Ainda, não se pretende que a sentença normativa criada perdure indefinidamente, eis que solução provisória até que o Legislativo, afastando sua omissão, atue. No que tange às diferenças entre a sentença normativa e a lei *stricto sensu*,

[...] a norma geral e abstrata criada pelo Supremo Tribunal Federal por meio de sentença normativa diferencia-se de uma lei (disposição) criada pelo Poder Legislativo somente em razão, primeiramente, do órgão no qual se origina e, em segundo lugar, por sua provisoriedade, pois existirá até que o Poder Legislativo assumira sua função, substituindo-a. Esta segunda diferenciação é relativa, uma vez que todas as leis parlamentares, em sentido restrito, também têm sua provisoriedade definida até que outra a substitua.⁶⁰

Por fim, e face aos argumentos expostos, é patente que a decisão proferida pela Corte Constitucional tenha efeito perante todos os titulares do direito cujo exercício é obstaculizado pela ausência de norma, e tal se dá com base no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, o qual, segundo Canotilho,

[...] pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais),⁶¹

princípio interpretativo que embasa contundentemente a teorização ora formulada.

⁶⁰ PELICOLI, Angela Cristina. *Op. Cit.*, pp. 235.

⁶¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.*, pp. 1224.

CONCLUSÃO

O presente estudo pretendeu uma investigação acerca da ação constitucional de Mandado de Injunção, bem como sobre possibilidade de implementação do instituto de sentença normativa nessa modalidade de ação. Sucede que, além da doutrina internacional na matéria, já há no Brasil o instituto em questão, que se opera pela Justiça do Trabalho no exercício de função normativa, nos casos dos Dissídios Coletivos de Natureza Econômica.

As teorias expostas no capítulo 2 acerca da natureza da tutela de injunção demonstram que o Supremo Tribunal Federal encaminha-se timidamente a uma evolução jurisprudencial na matéria. Ao passo em que o ranço liberal aos poucos esvazia os salões daquela Corte, dá-se espaço às novas interpretações e à percepção de que o Brasil, hoje, vive um Estado Democrático de Direito, em muito assemelhado aos Estados Sociais de Direito instaurados na esmagadora maioria dos países europeus. Nota-se, por conseguinte, que a tripartição dos poderes consagrada por Montesquieu, produto liberal de uma época de opressão, não se coaduna com os fins almejados pelos Estados Sociais.

A matéria acima referida guarda estrita relação com o tema tratado no presente estudo. O mandado de injunção nasce na Constituição da República de 1988 justamente no intuito de dar máxima efetividade aos direitos previstos na Carta Magna. É dizer, o legislador constituinte, preocupado com a omissão legislativa, armou o povo com esse poderoso instrumento contra a omissão legislativa.

Sucede que o legislador constituinte foi arrojado demais. Os operadores do direito de 1988, bem assim a maioria daqueles formados desde então, não

conseguem conceber o instrumento como algo além de uma mera ação declaratória, que não tem o condão de modificar sobremaneira a realidade fática, e fundamentam sua certeza no velho princípio de separação de poderes. Enganam-se, contudo. A separação dos poderes não serve senão para evitar que o Estado se sobreponha, de maneira autoritária e/ou ditatorial, ao seu povo; na mesma esteira, os direitos fundamentais afloram de modo a proteger o povo do abuso de poder estatal. São correlatos, por conseguinte, e não podem dissociar-se.

Entretanto, o STF não faz mais, atualmente, além de, nos casos de Mandado de Injunção, mandar aplicar lei análoga. A crítica que ora se faz ao posicionamento é que, embora concatenado e por vezes até suficiente ao sepultamento da controvérsia, pode mostrar-se insuficiente em determinados casos mais extremados. Primeiramente, ressalta-se que o mandado de injunção não tem por objeto imediato a concessão ou não do *direito material constitucional subjetivo* do autor da ação, o qual pode inclusive necessitar de prova a respeito: este poderá ou não ser concedido, de acordo com a eventual regulamentação que se dará à matéria. O que se busca, precipuamente, é um ato do poder público que regulamente o exercício do direito, seja de modo positivo ou negativo à expectativa de direito que o autor possui.

A teoria concretista individual intermediária é eficaz, mas não de modo completo, quando o deferimento ou não do direito buscado depende de um pronunciamento que efetivamente regulamente o modo de exercício daquele direito. O modo como se coloca a teoria dá conta de que, pelo simples decurso do prazo concedido ao legislativo para que elabore a norma, o cidadão poderia exercer livremente o direito, como se regulamentado estivesse. Não é possível, entretanto, admitir-se que tal solução fosse viável em todos os casos. E por fim, a teoria

concretista geral também não se mostra suficiente, justamente porque não adota um posicionamento *ativo*, legislando positivamente, em forma de tutela constitutiva, mas tão-somente mandamental.

O fato é que a ação em comento tem por escopo a efetivação das normas postas na Constituição, em geral relativas aos direitos e garantias fundamentais. Ora, é flagrante que a separação dos poderes não é rígida como era à época em que primeiramente aplicada. Os Poderes constituídos possuem sua função típica e exercem, em caráter menos evidente, funções atípicas que, em geral, constituem-se de atribuições dos outros Poderes.

Entretantes, vê-se o Poder Judiciário, por intermédio de seus órgãos da Justiça do Trabalho, exercer plenamente poder normativo por intermédio das sentenças normativas prolatadas em sede de Dissídios Coletivos. Surge o questionamento: poderia o Supremo Tribunal Federal exercer o mesmo poder? A resposta é afirmativa, indubitavelmente. O STF, na função de Tribunal Constitucional, tem o dever não só de guardar a Constituição, como de reprimir a sua violação e viabilizar a sua efetivação; tudo isso é parte do dever de guarda constitucional a si atribuído. Há quem dirá que regras de competência não devem ser aplicadas por analogia; entretanto, não é este o caso. A competência para julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade e de Mandados de Injunção é, de regra, do próprio Pretório Excelso. O que se quer aplicar por analogia é, com efeito, a natureza da decisão proferida pelo Tribunal: em vez de uma decisão meramente declaratória, ou ainda de uma tutela de caráter eminentemente mandamental (teoria concretista, como já explanado), o que se busca é que o STF exerça sua jurisdição constitucional de modo a buscar a maior efetividade da norma constitucional que instituiu tais direitos. É dizer, a edição de sentenças normativas

pelo STF é necessária à efetivação dos direitos previstos na constituição, quando da inércia do legislativo em regulamentá-los.

Assim, os direitos e garantias fundamentais, tendo em vista o princípio da máxima efetividade, devem ser tutelados, por intermédio do Mandado de Injunção, com uma sentença normativa adequada à situação concreta. A adequação mencionada indica, inclusive, que a tutela não deve restringir-se ao mandamento de aplicação de lei análoga, especialmente porque nem sempre tal solução se mostraria tanto efetiva quanto suficiente; a própria elaboração de texto novo, com características novas, é não só necessária como adequada à tutela da regulamentação dos direitos constitucionalmente assegurados.

Ainda, em face da competência ser majoritivamente atribuída ao Pretório Excelso, e em nome do livre acesso à Justiça, a decisão prolatada merece eficácia *erga omnes*, vez que muitos dos titulares dos direitos não teriam a condição necessária para, ajuizando mandado próprio, conseguir a tutela de injunção necessária, o que ocasionaria sobretudo uma desigualdade material que constituiria-se de legítima inconstitucionalidade, o que invalidaria todo o processo até agora investigado.

Em suma, é legítima e perfeitamente constitucional a decisão do Pretório Excelso, com efeitos *erga omnes*, em sede de Mandado de Injunção, que cria norma a fim de regulamentar e viabilizar o exercício de direitos previstos em normas constitucionais de eficácia limitada, tendo em vista a omissão e conseqüente violação negativa do texto constitucional por parte do legislador. O STF não pode compactuar com a reiterada violação da Carta da República por omissão do legislador, sob pena de corroborar tal comportamento, flagrantemente inconstitucional.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT NETO, Eurico. *Mandado de Injunção na tutela de direitos sociais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional – 23ª edição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição – 7ª edição*. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

HINZ, Henrique Macedo. *Direito Coletivo do Trabalho – 2ª edição*. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado – 13ª edição revista, atualizada e ampliada*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional – 21ª edição*. São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Mandado de Injunção: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas, jurisprudência – 2ª edição revisada, atualizada e ampliada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. *Instrumentos processuais de garantia e Direito Comparado, in CRUZ, Alexandre (org.) Ações Constitucionais: mandado de segurança, habeas data, mandado de injunção, habeas corpus e outros instrumentos de garantia*. Campinas: Millennium Editora, 2007.

PELICIOLI, Angela Cristina. *A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo*. São Paulo: Editora LTr, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção – 2ª ed. rev., atual. e ampl.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda nº 1, de 1969 – 2ª ed. rev.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, v. I.

_____. *Tratado das Ações*. Campinas: Bookseller, 1998, t. 2, 3 e 6.

QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática – 2ª edição*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais – 3ª ed. rev. ampl. e atual.* São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional – 3ª edição*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

STF. *MI 170-3/DF*. Rel.: Min. Moreira Alves. Julgado em 23/11/1989.

_____. *MI 232/RJ*. Rel.: Min. Moreira Alves. Julgado em 02/08/1991.

_____. *MI 361/RJ*. Rel.: Min. Néri da Silveira; Rel. p/ acórdão: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 08/04/1994.

_____. *MI 542/SP*. Rel.: Min. Celso de Mello. Julgado em 29/08/2001.

_____. *MI 587/MT*. Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 03/10/2001.

_____. *MI 708/DF*. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 25/10/2007.

_____. *MI 1083/DF*. Rel.: Min. Marco Aurélio. Julgado em 02/08/2010.

TRT4. DC 0275800-44.2005.5.04.0000. Rel.: Desª Flávia Lorena Pacheco. Julgado em 04/10/2010.