
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEUFELIPE
BACELLAR**

© 2009 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisoras: Lourdes Nascimento, Ana Flávia Inácio Ferreira
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Bruno Lopes
Bibliotecário: Ricardo José dos Santos Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (UBA – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz - Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional do Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata - Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional do Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG - MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG - GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP - PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR - PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)
Profa. Dra. Vanice Lirio de Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção*

Daniel Wunder Hachem

Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Administrativo no Curso de Graduação em Direito da UniBrasil. Professor do Programa de Pós-Graduação da Escola Superior de Polícia Civil do Estado do Paraná. Secretário Editorial Executivo da A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Advogado militante.

Resumo: Um dos principais problemas que se apresenta hodiernamente, no que tange à efetividade dos direitos fundamentais, reside na inércia dos Poderes Legislativo e Executivo em regulamentá-los, impedindo-os de produzir os seus efeitos. Não se pode, contudo, admitir que a omissão do Poder Público fulmine a força normativa das disposições constitucionais, sobretudo quando se tratar de direitos fundamentais, aos quais o constituinte atribuiu um regime jurídico reforçado, timbrado pela aplicabilidade imediata. Deve-se, nesses casos, buscar a tutela jurisdicional para garantir a efetividade dos direitos fundamentais não regulamentados. Para situações como essa, o constituinte muniu o cidadão com o mandado de injunção, ação constitucional que, durante muito tempo, teve seu potencial bélico esvaziado pelo STF, em razão de compreensões atreladas a paradigmas ultrapassados. Desta sorte, faz-se imperioso promover uma releitura do instituto no direito brasileiro, à luz das concepções de Constituição, jurisdição, ação e processo consolidadas com a transição paradigmática do Estado Legislativo para o Estado Constitucional. Somente assim, com fundamento nessas quatro paredes sólidas, é que se pode construir um novo mandado de injunção no direito brasileiro, colocando-se tijolo com tijolo num desenho mágico para, enfim, encontrar a técnica processual adequada à tutela jurisdicional dos direitos fundamentais não regulamentados.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Omissões estatais. Mandado de injunção.

Sumário: 1 Introdução - 2 Inefetividade dos direitos fundamentais em face das omissões estatais - 3 A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais não regulamentados e o mandado de injunção interpretado pelo STF: morreu na contramão atrapalhando o tráfego - 4 A transição paradigmática do Estado Legislativo ao Estado Constitucional: ergueu no patamar quatro paredes sólidas - 4.1 A força normativa e a supremacia da Constituição - 4.2 A jurisdição como meio de proteção e efetivação dos direitos fundamentais - 4.3 A ação como instrumento de realização do direito material - 4.4 O processo civil adequado às diferenciadas formas de tutela do direito material - 5 A mudança de entendimento do STF quanto ao mandado de injunção: atravessou a rua com seu passo tímido - 6 A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção: tijolo com tijolo num desenho mágico - 6.1 Tutela jurisdicional pretendida e natureza jurídica da decisão - 6.2 Efeitos da decisão proferida em sede de mandado de injunção - 7 Conclusões - Referências

* O presente texto corresponde a uma versão ampliada do artigo vencedor do Concurso de Artigos Jurídicos do IX Congresso Paranaense de Direito Administrativo, laureado com o Prêmio Clèmerson Merlin Clève, conferido pelo Instituto Paranaense de Direito Administrativo, em 2008.

1 Introdução

O tema da inefetividade constitucional, notadamente em relação às normas que garantem direitos fundamentais, é assunto que tem merecido especial atenção da doutrina jurídica brasileira. Não obstante a Constituição brasileira de 1988 tenha sido batizada, desde o seu nascedouro, de “Constituição-Cidadã”,¹ exatamente por centrar-se na pessoa humana² e pautar-se pela promoção da sua dignidade,³ não são poucos os direitos fundamentais previstos em suas disposições que restaram algemados em normas de caráter abstrato, sem jamais alcançarem concretude na realidade fática de larga parcela da população brasileira.⁴

Os direitos fundamentais, no entanto, constituem *conditio sine qua non* do Estado Constitucional e Democrático de Direito,⁵ podendo-se reconhecer um intrínseco nexo de interdependência, genético e funcional, entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais.⁶ Desta sorte, a sua realização efetiva para além da previsão no texto constitucional impõe-se a todo custo, sob pena de se retirar a própria legitimidade do Estado contemporâneo. Ocorre que muitos desses direitos estão previstos em disposições constitucionais dotadas de baixa densidade normativa, vale dizer, em enunciados marcados por sua natureza abstrata, carentes de mediações concretizadoras⁷ para a produção dos seus efeitos, o que muitas vezes acaba por tolher a sua efetivação prática.

Preocupado com o risco do não cumprimento das normas constitucionais, o constituinte de 1988 muniu o cidadão brasileiro com armas suficientemente poderosas para a defesa dos direitos albergados pela Carta Magna, prevendo, no intuito de combater as omissões normativas infraconstitucionais, a garantia constitucional denominada “mandado de injunção”.

¹ “Repito: essa será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria” (GUIMARÃES. A Constituição cidadã. Discurso pronunciado pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, na Sessão 27 de julho de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_62/panteao/panteao.htm>. Acesso em 06 ago. 2008).

² BACELLAR FILHO. El procedimiento y el Proceso Administrativo en el Sistema Jurídico Brasileño. In: SALOMONI; BACELLAR FILHO; SESIN. Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquia, impacto y derechos humanos, p. 34.

³ SARLET. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4. ed., p. 61.

⁴ Tome-se como exemplo, o direito à educação básica (educação infantil e ensino fundamental), previsto no art. 208, I e IV da Constituição Federal. Conquanto assegurado como direito fundamental (art. 6º, CF), em 2006 — quase vinte anos após a promulgação da Constituição — a taxa de escolarização dos brasileiros de 18 a 24 anos de idade não chegava a 32%. Fonte: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de Trabalho e Rendimento. Pesquisa nacional por amostra de domicílios 2005-2006. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2006/sintese/tab3_10.pdf>. Acesso em 06 ago. 2008.

⁵ SARLET. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed., p. 68.

⁶ “el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización el Estado de Derecho” (PÉREZ LUÑO. Los derechos fundamentales. 6. ed., p. 19).

⁷ CANOTILHO. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. ed., p. 1124.

Lamentavelmente, o potencial bélico deste importante instrumento foi, durante muito tempo, esvaziado pelo Supremo Tribunal Federal, aparentemente em razão de compreensões jurídico-políticas atreladas a paradigmas ultrapassados. Após vinte anos de acirrados debates doutrinários e jurisprudenciais, a trajetória do referido instituto foi timbrada por avanços e retrocessos, estando ainda a merecer tratamento adequado às concepções jurídicas contemporâneas, de modo a fornecer — no plano processual — solução idônea à situação jurídico-material que reclama a sua utilização: a existência de direitos constitucionais cujo exercício apresenta-se inviabilizado, em decorrência da falta de norma regulamentadora.

Para delinear o perfil do mandado de injunção de acordo com as hodiernas noções de Constituição, jurisdição, ação e processo, faz-se imprescindível, anteriormente, uma análise acurada da situação de direito material que lhe oferece ensejo, a partir da qual se revelarão os elementos inexoráveis à construção da técnica processual adequada à tutela dos direitos fundamentais não regulamentados. Nesta toada, o presente estudo propõe-se a examinar: (i) as hipóteses em que a falta de regulamentação infraconstitucional impede o exercício de direitos fundamentais, tornando cabível a propositura do mandado de injunção; (ii) a interpretação dada pela doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal à aludida ação constitucional; (iii) as razões que apontam para a disparidade entre a interpretação originariamente conferida pelo STF e os alicerces jurídicos contemporâneos; (iv) a mudança de entendimento do STF quanto ao mandado de injunção; e, finalmente, (v) a nova configuração jurídica que o atual paradigma de Direito e de Estado, bem como a dogmática dos direitos fundamentais, exigem para a mencionada garantia constitucional.

Se a aproximação entre o discurso teórico e a prática efetiva dos direitos fundamentais pode ser vislumbrada como a busca pela ilha desconhecida, em que o instrumental jurídico fornecido pelo ordenamento afigura-se como o barco, assumimos neste momento a posição de artífice jurídico e o desafio de construir um novo barco, perquirindo as técnicas processuais adequadas à consecução do objetivo almejado: o cumprimento exitoso da jornada em direção à efetivação dos direitos fundamentais.⁸

⁸ Aceitamos aqui o convite de Melina Girardi Fachin, de encarar a realização prática dos direitos fundamentais como “a ilha desconhecida” e o instrumental teórico propiciado pelo Direito como “o barco” — mecanismo de aproximação entre o discurso teórico e a prática efetiva de tais direitos. A autora, em sua obra, promove uma interlocução entre Direito e Literatura, partindo do Conto da Ilha Desconhecida, do autor português José Saramago, para problematizar o hiato entre a construção teórica e a real efetivação dos direitos humanos e fundamentais (FACHIN. Direitos humanos e fundamentais: do discurso teórico à prática efetiva: um olhar por meio da literatura, passim).

2 Inefetividade dos direitos fundamentais em face das omissões estatais

As Cartas Constitucionais dos Estados Democráticos contemporâneos, além de organizarem o exercício do poder político estatal,⁹ definem os direitos fundamentais dos cidadãos.¹⁰ Tais direitos nascem em determinadas circunstâncias históricas, marcadas por “lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, (...) de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.¹¹ Assim, os direitos fundamentais, por constituírem a principal garantia com que contam os cidadãos de um Estado de Direito de que o sistema jurídico se orientará no sentido da promoção da dignidade da pessoa humana,¹² desencadeiam uma eficácia dirigente sobre todos os órgãos do Poder Público, fazendo espargir uma ordem dirigida ao Estado como um todo, incumbindo-lhe a obrigação constante de realizá-los em sua máxima potencialidade.¹³ Contudo, da mesma forma como são diversos os momentos históricos de surgimento e reconhecimento dos direitos fundamentais pela ordem jurídica,¹⁴ a sua efetivação encontra também distinções, variando conforme sua natureza, seu conteúdo e sua forma de positivação na Constituição.

Determinados direitos fundamentais são previstos em disposições constitucionais dotadas de alta densidade normativa, é dizer, em enunciados normativos caracterizados por um alto grau de determinação e, portanto, aptos a produzir seus efeitos essenciais diretamente, sem a intervenção de uma regulamentação do legislador ordinário¹⁵ ou da Administração Pública.¹⁶ Em contrapartida, podem ser encontrados no texto constitucional direitos fundamentais definidos em normas caracterizadas por uma baixa densidade normativa, necessitando de concretizações no plano infraconstitucional para poderem engendrar seus principais efeitos,¹⁷ embora apresentem sempre certa dose de eficácia jurídica.^{18 19}

⁹ “Historicamente, mesmo antes de sua formulação sistematizada em um documento escrito, estes eram os únicos aspectos versados nas leis de natureza constitucional. A constituição compunha-se, tão-somente, de elementos orgânicos. Não foi senão após a Revolução Francesa que a elas se incorporou um elemento novo: os direitos fundamentais” (BARROSO. O direito constitucional e a efetividade das suas normas. 8. ed., p. 91).

¹⁰ FERRARI. Normas constitucionais programáticas: normatividade, efetividade, operacionalidade, p. 52.

¹¹ BOBBIO. A era dos direitos, p. 5.

¹² PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 20-21.

¹³ SARLET. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed., p. 163.

¹⁴ Sobre a formação e evolução histórica dos direitos fundamentais, ver PEREZ LUÑO, op. cit., p. 29-43.

¹⁵ SARLET, op. cit., p. 268.

¹⁶ Pode-se mencionar, por exemplo, o direito à liberdade de expressão, estabelecido pelo art. 5º, IV, da CF: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

¹⁷ SARLET, op. cit., p. 268.

¹⁸ V.g. art. 5º, VII da CF: “é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”.

¹⁹ Sobre os efeitos da “eficácia jurídica de vinculação”, característica de toda e qualquer norma constitucional, ver CLÊVE. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed., p. 320-321.

Um dos principais problemas que se apresenta no que tange à efetividade²⁰ dos direitos fundamentais reside exatamente na inércia do Poder Legislativo ou Executivo,²¹ quando a ausência de normas regulamentadoras desses direitos os impede de produzir seus efeitos.²² Nesse diapasão, a omissão estatal pode constituir óbice à realização dos direitos fundamentais, sempre que o órgão competente deixar de elaborar a norma regulamentadora imprescindível ao exercício do direito. Não se pode, contudo, admitir que a inação do Poder Público fulmine a força normativa das disposições constitucionais, sobretudo quando se tratar de direitos fundamentais, aos quais o constituinte atribuiu um regime jurídico reforçado, timbrado pela aplicabilidade imediata. Deve-se, nesses casos, buscar a tutela jurisdicional para garantir a efetividade dos direitos fundamentais não regulamentados.

3 A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais não regulamentados e o mandado de injunção interpretado pelo STF: morreu na contramão atrapalhando o tráfego

A tutela jurisdicional detém uma natureza instrumental em relação ao direito material, devendo considerar sempre as suas necessidades, “que nada mais são do que os resultados jurídico-substanciais que o processo deve proporcionar para que os direitos sejam efetivamente protegidos”.²³ Desta sorte, identificada a situação de direito material que exige solução processual — a impossibilidade de exercício de direitos fundamentais decorrente da falta de norma regulamentadora — cumpre investigar o instrumento colocado pela Constituição Federal a serviço dos cidadãos que se encontram na referida situação: o mandado de injunção.

Cabe tecer, anteriormente, uma breve consideração. Mencionou-se no tópico anterior que a aplicabilidade de determinados direitos fundamentais, embora seja sempre imediata, pode carecer de mediações concretizadoras. Isso não significa que tais mediações devam ser, necessariamente,

²⁰ O conceito de efetividade, que se identifica com a noção de eficácia social e se diferencia do conceito de eficácia jurídica — compreendida esta como aptidão da norma em produzir efeitos jurídicos —, foi delineado por Luís Roberto Barroso nos seguintes termos: “A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO. O direito constitucional e a efetividade das suas normas. 8. ed., p. 82-83).

²¹ FERRARI, op. cit., p. 138.

²² Em tais situações, as posições jusfundamentais assumem a feição de direitos a prestações normativas, chamados por Robert Alexy de “direitos a prestações no sentido amplo”, para distingui-los dos direitos a prestações fáticas, também denominados “direitos a prestações no sentido estrito” (ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales. 2. ed., p. 172).

²³ MARINONI. Técnica processual e tutela dos direitos, p. 29.

elaboradas pelo Legislativo ou pela Administração Pública. Isso porque os direitos fundamentais incidem diretamente sobre o Estado, gerando um dever de proteção ao legislador, ao administrador e ao juiz; sobre o magistrado, portanto, recai também o dever de proteger os direitos fundamentais, prestando tutela àqueles que não forem protegidos pelo legislador ou pelo administrador.²⁴

E foi exatamente pela descrença do constituinte causada pela inércia do legislador²⁵ e do administrador em relação à regulamentação concretizadora dos direitos constitucionais que a Constituição da República, em seu art. 5º, LXXI, estabeleceu que: “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”. Observe-se que o dispositivo não limita a aplicação do instituto à tutela de direitos fundamentais,²⁶ estendendo-a a todo e qualquer direito constitucional.^{27 28} No entanto, pela delimitação temática deste estudo, a análise se concentrará no âmbito dos direitos fundamentais.

Por constituir inovação sem precedentes no direito brasileiro, trazida à baila pela Constituição de 1988, a partir de sua promulgação foram diversas as interpretações dadas ao mandado de injunção, especialmente no que diz respeito ao seu objeto e aos efeitos da decisão judicial nele proferida. Muitos autores buscaram inspiração no Direito Comparado e nos debates da Assembléia Nacional Constituinte²⁹ para compreendê-lo, não havendo, entretanto, um consenso acerca do tema. De forma bastante

²⁴ MARINONI. Teoria geral do processo, p. 81.

²⁵ BARROSO. O direito constitucional e a efetividade das suas normas. 8 ed., p. 244.

²⁶ Entendendo que o mandado de injunção aplica-se tão somente à proteção contra omissões regulamentadoras de direitos fundamentais (art. 5º ao 17 da CF), pelo fato de apenas estes gozarem de aplicabilidade imediata (PASSOS. Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo), p. 108-109). No mesmo sentido, mas sob fundamento totalmente diverso, considerando que apenas os direitos fundamentais devem ser sempre tutelados pelo Poder Judiciário por serem imprescindíveis à garantia de condições mínimas de existência digna, cabendo a concretização dos demais direitos constitucionais ao espaço de deliberação pública proporcionado pelo Legislativo e pelo Executivo (SOUZA NETO. Mandado de injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. Boletim de Direito Administrativo, p. 799).

²⁷ Assim entendem BARROSO. Mandado de injunção: perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. Revista de Direito Administrativo, n. 191, p. 3; PIOVESAN. Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed., p. 139-140; CLÉVE, op. cit., p. 367-368; SILVA. Mandado de injunção e habeas data, p. 28-29.

²⁸ Pelo fato de a Constituição referir-se a direitos e liberdades constitucionais, e não adicionar este qualificativo às prerrogativas inerentes à soberania, à cidadania e à nacionalidade, José Carlos Barbosa Moreira entende que tais prerrogativas se referem não àquelas previstas no corpo constitucional (até porque, elas já estariam englobadas nos “direitos e liberdades constitucionais”), mas sim àquelas previstas no âmbito infraconstitucional (MOREIRA. Mandado de injunção. Revista de Processo, n. 56, p.112).

²⁹ Para um exame atento sobre os debates travados na Assembléia Nacional Constituinte acerca do mandado de injunção, ver CITTADINO. Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea, p. 50-60.

sintetizada, podem ser reunidas em três grupos as principais correntes acerca do objeto e dos efeitos da decisão no mandado de injunção. Através do instituto, competiria ao Poder Judiciário: (a) elaborar a norma regulamentadora necessária ao exercício do direito reclamado, com efeitos erga omnes, de modo a suprir a omissão estatal;³⁰ (b) tornar viável, no caso concreto, o exercício do direito obstado pela ausência de regulamentação, com efeitos inter partes;³¹ (c) declarar a inconstitucionalidade da omissão estatal, dando ciência ao órgão competente para a elaboração da norma faltante.^{32 33}

Conquanto tenham sido impetrados diversos mandados de injunção perante o Supremo Tribunal Federal desde a promulgação da Constituição de 1988, foi somente em 23 de novembro de 1989, no julgamento do Mandado de Injunção nº 107-3-DF³⁴ (leading case da matéria), que a Corte teve a oportunidade de ultrapassar o juízo de admissibilidade e iniciar o enfrentamento do tema da natureza, finalidade e efeitos da decisão no mandado de injunção.³⁵

Na ocasião, o impetrante, oficial temporário do Exército Brasileiro, postulava a viabilização do exercício do seu suposto direito de gozar de estabilidade como servidor militar, uma vez que contava com mais de nove anos de serviço na condição de oficial R/2. No pensar do impetrante, o direito encontrava-se, à época, inculcado no art. 42, §2º da CF.³⁶

³⁰ Corrente defendida por: SOUZA. Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais, p. 113-118; GOMES. Anotações sobre o mandado de injunção. Revista dos Tribunais, n. 647, p. 43; PFEIFFER. Mandado de injunção, p. 106; OLIVEIRA. A natureza do mandado de injunção. Revista de Processo, n. 56, p. 88; GRECO FILHO. Tutela constitucional das liberdades, p. 182-184; PASSOS, op. cit., p. 123.

³¹ Entre os diversos defensores desta posição, pode-se mencionar: BARROSO. Mandado de injunção: perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. Revista de Direito Administrativo, n. 191, p. 4; PIOVESAN, op. cit., p. 157-159; MACIEL. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. In: TEIXEIRA (Org.). Mandados de segurança e de injunção: estudos de Direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos, p. 377; MOREIRA. Notas sobre o mandado de injunção. In: TEIXEIRA (Org.). Mandados de segurança e de injunção: estudos de Direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos, p. 416; SILVA. Mandado de injunção. In: TEIXEIRA (Org.). Mandados de segurança e de injunção: estudos de direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos, p. 399.

³² Nesse sentido, FERREIRA FILHO. Curso de direito constitucional. 22. ed., p. 277.

³³ Sobre as três correntes foram desferidas críticas contundentes, que, pela sua complexidade, variedade e sofisticação, limitam-nos a resumir aos seguintes argumentos: quanto à primeira, questionou-se a substituição do Legislativo ou do Executivo pelo Judiciário, sendo vislumbrada por alguns como violação do princípio da separação dos poderes, eis que o Judiciário estaria editando normas gerais e abstratas; em relação à segunda, as principais críticas disseram respeito à ofensa ao princípio da isonomia, uma vez que titulares do mesmo direito receberiam tratamento diferenciado pelos tribunais; no tocante à terceira posição, entendeu-se que ela tornaria inócuo o instrumento, uma vez que a mera declaração ao órgão competente para a elaboração da norma não teria utilidade alguma, restando o direito igualmente desprotegido.

³⁴ Ajuizado em 21 de abril de 1989.

³⁵ VALLE. A construção de uma garantia constitucional: compreensão da Suprema Corte quanto ao mandado de injunção, p. 13-14.

³⁶ O dispositivo, alterado pela Emenda Constitucional nº 18 de 1988, possuía a seguinte redação: "A lei disporá sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade".

O Tribunal, acolhendo o voto do Relator Ministro Moreira Alves, adotou a terceira corrente acima descrita,³⁷ emprestando ao instituto a função de provocar a jurisdição para, tão só e unicamente, declarar a inconstitucionalidade da omissão do Poder Público quanto à regulamentação do direito reclamado, dando ciência ao órgão competente para elaborar a norma regulamentadora.³⁸

Os argumentos utilizados para justificar a posição assumida pelo Supremo Tribunal foram os seguintes: (i) a atribuição de caráter constitutivo à decisão, permitindo-a dispor normativamente acerca da regulamentação faltante, daria ao mandado de injunção alcance maior do que aquele definido para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cujo resultado deveria resumir-se à comunicação ao órgão omissor (art. 103, §2º da CF); (ii) colocar-se-ia em risco o princípio da harmonia e equilíbrio entre os Poderes, havendo uma invasão do Judiciário na seara reservada ao Legislativo, ofendendo ainda o princípio da reserva legal, pois o dever de agir do impetrado decorreria de outra fonte que não a lei; (iii) a elaboração da regulamentação do exercício do direito exigiria juízos de cunho político, os quais não competiriam ao Poder Judiciário, mas precisamente aos órgãos omissos dotados de competência para a criação da norma faltante;³⁹ (iv) quanto à criação da norma faltante com efeitos somente inter partes, entendeu o STF que haveria o risco de serem proferidas decisões díspares, atentando contra o princípio da segurança jurídica, inerente ao Estado Democrático de Direito.⁴⁰

A Corte Suprema atribuiu primazia ao princípio da separação dos poderes e da segurança jurídica, em detrimento dos princípios da efetividade das normas constitucionais, da supremacia da Constituição e da inafastabilidade do Poder Judiciário, permitindo que os direitos fundamentais carentes de regulamentação continuassem sem a necessária proteção pela jurisdição. A função do mandado de injunção se reduziria a comunicar o Poder faltante sobre o seu dever de regulamentar o direito constitucional reclamado. Com base em tais fundamentos, o acórdão foi registrado sob a seguinte ementa:

³⁷ Enquadrada, na classificação formulada por Regina Quaresma, na tese da subsidiariedade, por entender o mandado de injunção como subsidiário da ação de inconstitucionalidade por omissão (QUARESMA. O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática. 2. ed., p. 69).

³⁸ Impende, contudo, registrar os votos divergentes dos eminentes Ministros Carlos Velloso e Célio Borja, aos quais se juntaram, posteriormente, em outros julgamentos, os Ministros Marco Aurélio e Ilmar Galvão. Cf. QUARESMA. O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática. 2. ed., p. 71; PFEIFFER. Mandado de injunção, p. 91-93.

³⁹ É o que se depreende dos votos dos Ministros Sepúlveda Pertence (p. 70) e Celso de Mello (p. 58), ambos proferidos no MI nº 107-3-DF. Cf. VALLE, op. cit, p. 19.

⁴⁰ VALLE, op. cit, p. 20.

Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe de ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional.⁴¹

Em função dessa construção interpretativa do STF, o mandado de injunção morreu na contramão atrapalhando o tráfego⁴² das propostas jurídicas de efetivação dos direitos fundamentais. Se encararmos o ferramental jurídico proporcionado pelo mandado de injunção como o barco que poderia nos levar em direção à ilha desconhecida — realização prática dos direitos fundamentais⁴³ — pode-se dizer que o STF, em sua construção, adicionou-lhe uma âncora demasiadamente pesada, fazendo-o afundar na imensidão das águas da inutilidade. Tal configuração atribuída ao instrumento acabou por tolher a possibilidade de o titular do direito, mediante a propositura da ação constitucional, ter garantida a tutela do seu direito material, inviabilizada pela inação do Poder Público.

A falta de vontade de Constituição,⁴⁴ ou mesmo de vontade de direitos fundamentais⁴⁵ da Corte Suprema foi severamente rechaçada pela doutrina brasileira, tendo sido considerada “uma jurisprudência tímida, conservadora, quando não reacionária”.⁴⁶ Parece, todavia, que a referida construção do mandado de injunção pelo STF estava vinculada a compreensões imersas em paradigmas já superados, razão pela qual significou uma disparidade frente às hodiernas concepções de Constituição,

⁴¹ STF. MI nº 107-3-DF, Rel. Min. Moreira Alves. DJU, 21.09.1990. Julgados posteriores seguiram o mesmo influxo, como é o caso do MI nº 168-5-RS, ementado nos seguintes termos: “O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra” (STF. MI nº 168-5-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJU, 20.4.1990).

⁴² Trecho da música “Construção”. HOLANDA. Construção.

⁴³ FACHIN, op. cit, p. 18.

⁴⁴ Expressão cunhada por HESSE. A força normativa da Constituição, p. 32.

⁴⁵ Termo utilizado por SARLET, op. cit., p. 80.

⁴⁶ BARROSO. O direito constitucional e a efetividade das suas normas. 8. ed., p. 166-167.

jurisdição, ação e processo, surgidas com o advento do Estado Constitucional. Para construir uma nova configuração jurídica ao mandado de injunção faz-se imperioso, por conseguinte, observar as transformações ocorridas em face da transição paradigmática do Estado Legislativo para o Estado Constitucional.

4 A transição paradigmática do Estado Legislativo ao Estado Constitucional: ergueu no patamar quatro paredes sólidas

4.1 A força normativa e a supremacia da Constituição

O Estado Liberal de Direito erigiu-se sobre os baldrames da supremacia da lei em relação à Administração e aos direitos do cidadão⁴⁷ e da existência de juízes independentes com competência exclusiva para aplicar a lei de forma gramatical. Com essa feição, o Estado Liberal de Direito voltou-se à proteção individual dos direitos do cidadão frente à arbitrariedade da Administração, condicionando a autoridade estatal à liberdade individual mediante a proteção da lei. A esse modelo de Estado, Gustavo Zagrebelsky associa o qualificativo de “Estado Legislativo”, pelo fato de a sua afirmação ter-se dado por meio do princípio da legalidade.⁴⁸

Mergulhado nesse contexto, o positivismo jurídico, vinculado aos ideais burgueses de liberdade e igualdade, impõe o “princípio da onipotência do legislador”, fundado em uma concepção estanque da separação de poderes, confiando ao Parlamento a função de produzir a lei, à qual estariam rigorosamente subordinados o Executivo e o Judiciário.⁴⁹ A atividade judicial reduziu-se à mera reprodução literal das palavras da lei,⁵⁰ resumindo a função do juiz à aplicação estrita da norma criada pelo Parlamento,⁵¹ numa tentativa de impedi-lo de interpretá-la.⁵²

Até meados do século XX, as Constituições europeias dirigiam-se em especial ao Poder Legislativo. Não se tratava a Constituição como

⁴⁷ Isso porque somente a lei era reconhecida como restrição legítima aos direitos e liberdades dos cidadãos. Cf. TAVARES. Teoria da justiça constitucional, p. 30.

⁴⁸ A lei era tomada como ato normativo irresistível, não oponível a qualquer direito mais forte. ZAGREBELSKY. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia, p. 24.

⁴⁹ ZAFFARONI. Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos, p. 52.

⁵⁰ BACHOF. Jueces y Constitución, p. 23.

⁵¹ CAPPELLETTI. Montesquieu abandonne?: developpement et légitimité de la “justice constitutionnelle”. In: CAPPELLETTI. Le Pouvoir des Juges: articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé, p. 260.

⁵² A valorização da lei pelos revolucionários franceses explicava-se pelo fato de ser uma norma produzida pela nação através de seus representantes e orientada pela razão, motivo pelo qual não poderia consistir em ameaça à justiça e à liberdade. A justiça era considerada como o próprio respeito à legalidade (CLÈVE. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: CARVALHO FILHO (Org.). Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: o editor dos juristas, p. 34-35). No mesmo sentido (PÉREZ LUÑO. Los derechos fundamentales. 6. ed., p. 70).

norma jurídica,⁵³ restando suas disposições subjugadas ao império da lei. Como lhe era negado o caráter normativo, a Constituição e a teoria da separação dos poderes conviviam sem maiores conflitos, já que suas disposições possuíam em geral cunho organizatório ou jurídico-processual.⁵⁴ Os direitos fundamentais, por seu turno, eram encarados como meras declarações que demandavam legislação integrativa para produzir força normativa.⁵⁵

A partir da análise da posição originariamente assumida pelo STF frente ao mandado de injunção, pode-se inferir que a concepção de Constituição e direitos fundamentais que subjazia a tal entendimento só poderia ser aquela compartilhada pelo Estado Legislativo: se os direitos fundamentais, constitucionalmente previstos, dependeriam de lei para poderem ser tutelados pelo Poder Judiciário, conclui-se que segundo tal posicionamento as disposições constitucionais careceriam de força normativa, sendo vedado ao juiz, conseqüentemente, concretizar os direitos definidos em normas constitucionais que demandam regulamentação. Não obstante, tal raciocínio destoa flagrantemente da atual compreensão da Constituição.

Na segunda metade do século XX, na Europa continental e paulatinamente nos demais países de sistema jurídico romano-germânico, as disposições constitucionais assumiram força jurídico-normativa,⁵⁶ deixando de ser encaradas como meras aspirações políticas. Não só adquiriram imperatividade, como também foram alçadas à posição de norma jurídica suprema,⁵⁷ erigindo-se ao patamar de maior hierarquia entre as fontes do direito.⁵⁸ Inverte-se a relação de subordinação entre a lei e a Constituição, tornando-se aquela subordinada aos dispositivos desta, passando-se de um Estado Legislativo para um Estado Constitucional.

⁵³ O modelo constitucional norte-americano, por sua vez, já apresentava desde o século XIX a Constituição como norma jurídica suprema. Sobre as distinções entre o sistema de justiça constitucional recepcionado pela Europa no século XX e o sistema do judicial review norte-americano, ver GARCÍA DE ENTERRÍA. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, p. 56-60 e TAVARES, op. cit., p. 49-56. Ver, ainda, CAPPELLETTI. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. 2. ed., especialmente p. 65-100.

⁵⁴ PIÇARRA. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução, p. 167.

⁵⁵ CLÈVE. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed., p. 22.

⁵⁶ "A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas" (HESSE, op. cit., p. 15).

⁵⁷ Agustín Gordillo, ao referir-se à Constituição como lei fundamental do Estado, afirma ser ela "algo mais que um simples programa de governo ou expressão de desejos; é como seu nome indica, uma verdadeira lei: porém, ainda mais, é uma lei superior ao denominador comum das leis" (GORDILLO. Princípios gerais de direito público, p. 94).

⁵⁸ BARCELLOS. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista de Direito Administrativo, n. 240, p. 84.

4.2 A jurisdição como meio de proteção e efetivação dos direitos fundamentais

A jurisdição, ao final do século XIX, apresentava-se completamente vinculada aos valores do Estado Legislativo e do positivismo jurídico. Nesse contexto, o juiz encontrava-se proibido de exercer uma função ativa no processo; para garantir a liberdade do indivíduo, era-lhe vedada a interpretação da lei.⁵⁹ O estreito comprometimento da jurisdição do Estado Legislativo com a atuação da vontade da lei revela-se de modo expressivo quando Giuseppe Chiovenda afirma que “não pode haver sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei”.⁶⁰ A função jurisdicional limitava-se à proteção dos direitos subjetivos dos particulares mediante a aplicação da lei;⁶¹ na sua falta, a tutela jurisdicional dos direitos ficava obstaculizada. Destaque-se que a concepção chiovendiana⁶² de jurisdição, cuja influência sobre a doutrina processual brasileira foi decisiva, admite expressamente a impossibilidade de se prestar tutela efetiva do direito material quando a lei não previr a técnica processual adequada.⁶³ Essa forma de compreensão da jurisdição confere maior valor à técnica processual legislativamente prevista do que ao direito material.⁶⁴

Pensando-se novamente na interpretação que o STF atribuiu ao mandado de injunção, percebe-se ter sido essa a concepção de jurisdição adotada pela Corte. Considerando a ausência de norma regulamentadora do exercício de direitos constitucionais e a falta de previsão legislativa para o suprimento da omissão estatal, entendeu o Excelso Pretório pela impossibilidade de a jurisdição tutelar efetivamente os direitos fundamentais. As disposições constitucionais definidoras de direitos fundamentais estariam voltadas apenas ao Legislativo e ao Executivo, impedindo a jurisdição de interpretá-las e concretizá-las quando da ausência de regulamentação.

No entanto, na compreensão de jurisdição difundida pelo Estado Constitucional, as normas constitucionais direcionam-se também ao Judiciário, comprometendo os magistrados com a sua realização através

⁵⁹ MARINONI. Teoria geral do processo, p. 414.

⁶⁰ CHIOVENDA. Instituições de direito processual civil, v. 2, p. 55.

⁶¹ MARINONI. Teoria geral do processo, p. 31.

⁶² “Chiovenda é um verdadeiro adepto da doutrina que, inspirada no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação” (MARINONI. Teoria geral do processo, p. 34).

⁶³ “Se, por sua natureza ou por falta de meios de subrogação, não se pode conseguir um bem senão com a execução por via coativa, e os meios de coação não estão autorizados na lei, aquele bem não é conseguível no processo, salvo a atuação (se possível, por sua vez) da vontade concreta da lei que deriva da lesão ou inadimplemento do direito a uma prestação; salvo, por exemplo, o direito ao ressarcimento do dano” (CHIOVENDA. Instituições de direito processual civil, v. 1, p. 290).

⁶⁴ MARINONI, op. cit., p. 137.

da interpretação. Para Owen Fiss, a função do juiz é dotar os valores constitucionais de significado, procurando o que é verdadeiro, correto ou justo; ou seja, a jurisdição adquire a tarefa de “conferir significado concreto e aplicação aos valores constitucionais”.⁶⁵ Com essa nova roupagem, à jurisdição passa a competir a função de tutelar os direitos, recaindo sobre ela o dever de viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material e pela Constituição.⁶⁶

Com base nessa inovadora concepção de jurisdição, leciona Luiz Guilherme Marinoni que, como a proteção dos direitos fundamentais constitui dever do Estado como um todo, e não apenas do legislador, é possível ao magistrado averiguar, no caso concreto, se a omissão normativa significou negação de tutela ao direito fundamental; em caso positivo, deve-se admitir que o juiz supra a omissão de tutela devida pelo legislador.⁶⁷

4.3 A ação como instrumento de realização do direito material

Dentro das compreensões do Estado Legislativo, a escola chiovendiana demonstrou a autonomia da ação em relação ao direito material, configurando-se essa como um poder de provocar a atividade jurisdicional, a qual, como vimos, dirigia-se à atuação da lei e não à efetivação do direito material.⁶⁸ Contudo, o isolamento da ação em relação ao plano do direito substancial (promovido pela fase da dogmática processual civil),⁶⁹ embora tenha constituído um avanço em relação à fase do sincretismo (época em que se confundiam os planos material e processual),⁷⁰ acabou por afastar também do direito material os procedimentos e as sentenças.⁷¹ A separação estanque entre a ação e o direito substancial levou à crença de que a ação deveria ser abstrata, regida por um procedimento único,⁷² não havendo a necessidade de vincular procedimentos diferenciados que se

⁶⁵ FISS. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade, p. 36.

⁶⁶ MARINONI, op. cit., p. 138. Consoante Luiz Guilherme Marinoni, “o mais importante, para uma nova concepção de jurisdição, é a possibilidade de o juiz controlar a inconstitucionalidade por omissão no caso concreto. Como já foi dito, há normas constitucionais que impõem um dever de legislar e há direitos fundamentais que, embora decorrentes de normas que se calam sobre essa espécie de dever, dependem, para a sua efetivação ou proteção, de regramento infraconstitucional” (Idem, p. 95).

⁶⁷ MARINONI, op. cit., p. 95.

⁶⁸ MARINONI, op. cit., p. 35.

⁶⁹ CUNHA. Comentários ao Código de Processo Civil: do processo cautelar: arts. 796 a 812, v. 11, p. 70-71.

⁷⁰ DINAMARCO. A instrumentalidade do processo, p. 14-15.

⁷¹ MARINONI, op. cit., p. 219.

⁷² “É claro que a idéia de um procedimento único também foi legitimada pela desnecessidade, decorrente dos valores da liberdade e da economia liberal, de tratamento diferenciado dos direitos (como visto no item antecedente), assim como pelo desejo da escola (chamada sistemática, histórico-dogmática ou chiovendiana) que se estabeleceu no início da afirmação do direito autônomo de ação, de eliminar do processo qualquer mancha do direito material” (MARINONI, op. cit., p. 239).

adequassem às exigências de tutela do direito material.⁷³ Criou-se, desta forma, uma ação padronizada, abstrata, a ser aplicada a toda e qualquer situação carente de tutela jurisdicional.⁷⁴

Mais uma vez, ao retomarmos a feição emprestada pelo STF ao mandado de injunção, é possível identificarmos em tal interpretação a ideia de ação concebida no Estado Legislativo. O mandado de injunção foi pensado como uma ação abstrata, desvinculada das necessidades do direito material, a qual deveria ser regida por um procedimento único, sem se ater às peculiaridades da situação jurídico-substancial que reclama a sua utilização. Todavia, a ação, percebida como um direito fundamental, compreende um direito à fixação das técnicas processuais adequadas à efetiva tutela do direito material, vinculando tanto o legislador, quanto o juiz.⁷⁵ A ambos incumbe o dever de instituir as ferramentas idôneas à proteção do direito material; diante da omissão de técnicas processuais no plano legislativo, compete ao juiz supri-la para viabilizar a proteção efetiva do direito.⁷⁶

Destarte, para se pensar na estruturação do procedimento de determinada ação, é necessário, anteriormente, pensar nas formas de tutela prometidas pelo direito material, de maneira que haja uma relação de adequação entre as tutelas dos direitos e técnicas processuais indispensáveis a propiciá-las.⁷⁷ A ação, abstratamente assegurada pela Constituição, deve ser concretizada no instante em que se voltar à tutela de uma situação concreta, conformando-se às exigências do direito material, mediante toda e qualquer técnica processual necessária para tanto.⁷⁸

Como qualquer outra ação, o mandado de injunção não pode limitar-se a um ato de provocação da jurisdição.⁷⁹ Através dele deve-se dar ao cidadão a possibilidade de obter a efetiva tutela jurisdicional do direito fundamental, cujo exercício encontra-se obstruído pela falta de norma regulamentadora. Além disso, nunca é demais lembrar que um único tipo de procedimento não se faz suficiente para toda e qualquer situação de direito material. A efetividade da ação depende, igualmente, da capacidade do procedimento em atender às especificidades do direito material.⁸⁰

⁷³ MARINONI, *op. cit.*, p. 240.

⁷⁴ ARENHART. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, p. 27.

⁷⁵ MARINONI, *op. cit.*, p. 207.

⁷⁶ MARINONI, *idem*, p. 212.

⁷⁷ MARINONI, *idem*, p. 246.

⁷⁸ MARINONI, *idem*, p. 259.

⁷⁹ MARINONI. *Teoria geral do processo*, p. 180.

⁸⁰ MARINONI, *op. cit.*, p. 219. "O princípio da tipicidade das formas processuais, ou a existência de um procedimento único, elimina qualquer possibilidade de vinculação da ação com o direito material e com o procedimento e as técnicas processuais, proibindo que se fale em 'efetividade da ação'" (*Idem*, p. 240).

4.4 O processo civil adequado às diferenciadas formas de tutela do direito material

O processo civil no Estado Legislativo baseou-se na teoria da relação jurídica processual, marcada por um caráter geral-abstrato, dotado de um cientificismo que pretendia neutralizar a relação processual perante as diferentes realidades dos casos concretos.⁸¹ O conceito de relação jurídica processual não admitia sequer questionamentos sobre a legitimidade do procedimento,⁸² vale dizer, sobre a sua adequação às necessidades de tutela do direito material. Tal conceituação do processo desligou-se da figura do procedimento, visto como simples forma incapaz de interferir sobre a atuação da vontade da lei, compreendida como o escopo do processo.

O mandado de injunção, tal como foi conformado pelo STF no julgamento do MI nº 107-DF (QO), estava inserido nessa concepção de processo. Para qualquer direito cujo exercício estivesse obstado pela falta de norma regulamentadora, a resposta dada pela jurisdição seria a mesma, o procedimento adotado seria idêntico, ainda que as situações concretas pudessem ser totalmente distintas.

Ocorre que a unidade procedimental, ou seja, a aceitação de um procedimento neutro e uniforme, nunca será capaz de dar conta das variadas exigências de tutela do direito material.⁸³ Na conexão entre os direitos fundamentais e os procedimentos jurídicos, os aspectos procedimental e material devem unir-se em um modelo dual em que se garanta a primazia da faceta material.⁸⁴ O titular do direito substancial possui também o direito ao procedimento adequado à tutela do seu direito material,⁸⁵ cabendo ao legislador e ao juiz criarem as técnicas processuais capazes de se adaptarem às peculiaridades do caso concreto.

O processo, assim, deve ser encarado a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva,⁸⁶ deixando de ser um instrumento voltado à atuação da lei, para tornar-se um instrumento preocupado com a proteção dos direitos.⁸⁷ Por essa razão, como os direitos exigem tutelas diferenciadas, o processo deve respondê-los vinculando-se a procedimentos diferenciados,

⁸¹ MARINONI, *idem*, p. 396.

⁸² MARINONI, *idem*, p. 398.

⁸³ MARINONI. Teoria geral do processo, p. 425.

⁸⁴ ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales. 2. ed., p. 435.

⁸⁵ MARINONI, *op. cit.*, p. 399.

⁸⁶ "Los derechos a los procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una 'tutela jurídica efectiva'. Una condición para una tutela jurídica efectiva es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de los derechos procesales" (ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales. 2. ed., p. 433).

⁸⁷ MARINONI, *op. cit.*, p. 403.

conforme as necessidades no plano do direito material, cabendo ao juiz, na falta de procedimento instituído pelo legislador, atender o direito da parte à construção do procedimento adequado ao caso concreto.⁸⁸

Desta maneira, a transição paradigmática do Estado Legislativo ao Estado Constitucional ergueu no patamar quatro paredes sólidas,⁸⁹ possibilitando a edificação de um novo mandado de injunção no direito brasileiro com fundamento nesses quatro alicerces essenciais: a Constituição como norma jurídica dotada de força imperativa e supremacia sobre as demais fontes do direito; a jurisdição, compreendida como meio de efetivação dos direitos fundamentais; a ação, entendida como instrumento de realização do direito material; e o processo, vislumbrado como o conjunto de técnicas processuais adequadas às necessidades de tutela do direito substancial.

5 A mudança de entendimento do STF quanto ao mandado de injunção: atravessou a rua com seu passo tímido

Após a formação do *leading case*, ocorrida com o julgamento do MI nº 107-DF (QO), o Supremo Tribunal Federal, ao debruçar-se sobre outros mandados de injunção, tomou posições distintas em relação às finalidades do instituto, imprimindo-lhe conformação mais ampla.⁹⁰ De toda sorte, as mudanças de entendimento não seguiram uma coerência lógica, parecendo ter ocorrido de modo casuístico e assistemático.

No Mandado de Injunção nº 283-5-DF, impetrado com fundamento na falta de norma regulamentadora do direito definido no art. 8º, §3º, do ADCT,⁹¹ o STF deu provimento à ação, para: (a) conceder prazo de sessenta dias para a conclusão da elaboração da norma faltante; (b) ultrapassado o prazo, reconhecer ao impetrante o direito de obter, em face da União, pela via processual adequada, a reparação constitucionalmente assegurada; e (c) declarar que, proferida a decisão, a superveniência de lei não prejudica a coisa julgada, que, no entanto, não impede o impetrante de obter os benefícios de lei posterior, no que lhe for mais favorável.⁹² Novamente, no Mandado de Injunção nº 232-1-RJ, proposto com fulcro na ausência de norma regulamentadora do direito definido no art. 195,

⁸⁸ Idem, p. 443 e 461.

⁸⁹ Trecho da música "Construção". HOLANDA. Construção.

⁹⁰ MENDES; COELHO; BRANCO. 2. ed. Curso de direito constitucional, p. 1209.

⁹¹ O direito refere-se à reparação econômica dos que foram impedidos de exercer atividade profissional específica, na vida civil, em função de atos praticados pelo regime militar, especialmente pelo Ministério da Aeronáutica.

⁹² STF. MI nº 283-5-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJU, 14.11.1991.

§7º da CF,⁹³ o STF concedeu a injunção, fixando o prazo de seis meses para o Congresso Nacional adotar as providências necessárias para “o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do art. 195, §7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar a impetrante a gozar da imunidade requerida”⁹⁴

Em tais hipóteses, pode-se dizer que a Suprema Corte atravessou a rua com seu passo tímido,⁹⁵ já que adotou posição um pouco mais arrojada somente nos casos mencionados, que não exigiam processos mais complexos de densificação do direito constitucionalmente garantido, além de ter se restringido meramente a afastar o obstáculo impeditivo do exercício do direito (reserva de lei), sem promover efetivamente uma concretização dos direitos postulados. Nas situações acima referidas, os direitos constitucionalmente previstos não necessitavam de forma inexorável a regulamentação legislativa para produzirem os seus efeitos: o único obstáculo para o desencadeamento da eficácia jurídica positiva de tais dispositivos era a remissão que a norma constitucional fazia à regulamentação legal.

Veja-se que o Supremo Tribunal variou o seu entendimento quanto à finalidade e aos efeitos jurídicos do instituto conforme o direito pleiteado⁹⁶. No julgamento do MI nº 369-6-DF — realizado, frise-se, posteriormente aos precedentes acima enunciados — em que se tratava da falta de regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional por tempo de serviço,⁹⁷ o Tribunal, por maioria, rejeitou o voto do Relator Ministro Néri da Silveira, que seguia exatamente a mesma linha dos arestos antes referidos, para adotar o entendimento consolidado no MI nº 107-3-DF, limitando-se a reconhecer a mora do Congresso Nacional.

Por outro lado, no ano de 2007, com o julgamento do MI nº 721-7-DF, Relator Min. Marco Aurélio, em que a impetrante postulava a supressão da lacuna existente no art. 40, §4º, da CF,⁹⁸ dispositivo que garantia à servidora pública o direito à aposentadoria especial em virtude do trabalho por mais

⁹³ “São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”.

⁹⁴ STF. MI nº 232-1-RJ, Rel. Min. Moreira Alves. DJU, 27.03.1992.

⁹⁵ Trecho da música “Construção”. HOLANDA. Construção.

⁹⁶ PFEIFFER. Mandado de injunção, p. 90.

⁹⁷ Art. 7º, XXI da CF: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”.

⁹⁸ Art. 40, §4º da CF: “É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I - portadores de deficiência; II - que exerçam atividades de risco; III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”.

de vinte e cinco anos em atividade considerada insalubre, o Tribunal mudou de forma mais ousada o seu entendimento. Uma vez que a lei complementar que deveria estabelecer os termos e as condições especiais de aposentadoria que seriam gozadas por servidores públicos que trabalhassem em atividades prejudiciais à saúde não fora editada, a Corte entendeu por bem aplicar ao caso a disciplina da aposentadoria especial dos trabalhadores em geral, definida no art. 57, §1º da Lei nº 8.213/91.⁹⁹ ¹⁰⁰ O Supremo Tribunal supriu efetivamente a lacuna, limitando os efeitos da decisão ao caso concreto.

Finalmente, com as decisões proferidas nos Mandados de Injunção nºs 670-ES, 708-DF e 712-PA, o STF avançou definitivamente na interpretação do instituto, ocasionando uma “viragem na jurisprudência”.¹⁰¹ No julgamento dos referidos writs, relatados pelos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau, em que os impetrantes pleiteavam a regulamentação do exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (art. 37, VII, CF),¹⁰² o Supremo Tribunal Federal, afastando-se do posicionamento conservador originariamente adotado pela Corte, criou a norma regulamentadora, aplicando ao caso a Lei nº 7.783/89 (que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada), combinada com determinadas ressalvas pertinentes ao princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos, viabilizando assim o exercício do direito fundamental de greve.

Vale notar que a decisão não descurou da colisão que a mera aplicação acrítica da lei de greve da iniciativa privada no setor público provocaria com outros princípios e direitos fundamentais igualmente plasmados no corpo constitucional, tal como o princípio da continuidade do serviço público e o direito fundamental ao serviço público adequado.¹⁰³ Nos casos de frustração da negociação entre grevistas e a entidade patronal, limitou a paralisação coletiva do trabalho a uma cessação parcial; aumentou o prazo de antecedência mínima para a notificação da paralisação; permitiu a contratação de trabalhadores substitutos, vedada pela Lei nº 7.783/89 na greve da iniciativa privada; entre outras adaptações

⁹⁹ Art. 57, §1º da Lei nº 8.213/91: “§1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício”.

¹⁰⁰ STF. MI nº 712-7-DF, Rel. Min. Marco Aurélio. DJU, 30.11.2007.

¹⁰¹ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit, p. 1213.

¹⁰² “Art. 37. (...) VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

¹⁰³ Acerca do direito fundamental ao serviço público adequado, reconhecido pela doutrina contemporânea com base no art. 175, parágrafo único, IV da CF (“A lei disporá sobre: (...) a obrigação de manter serviço público adequado”), ver BACELLAR FILHO. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade: serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. Interesse Público, n. 16, p. 13-16 e DALLARI. Direito ao uso dos serviços públicos. Revista Trimestral de Direito Público, n. 13, p. 215.

necessárias à conformação com a realidade e as necessidades do serviço público. Foi elaborado, portanto, um novo conjunto normativo aplicável à situação, embora com lastro na Lei de Greve da iniciativa privada.

Ressalte-se que à decisão foram conferidos efeitos erga omnes, restando vencidos os Senhores Ministros que votaram pela restrição dos efeitos à categoria representada pelo sindicato impetrante.¹⁰⁴ Pela importância do julgado, dada a transformação por ele engendrada na interpretação da Corte quanto ao instituto, vale transcrever um significativo trecho do voto do Relator Ministro Eros Grau no MI nº 712-8-PA:

O Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado da Pará impetra mandado de injunção, com o objetivo de dar efetividade à norma inscrita no artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil. 2. (...). No tocante ao mérito, aduz que a mora do Congresso Nacional em regulamentar o preceito constitucional relativo ao direito de greve no serviço público impede o seu exercício pela categoria. (...) 5. Requer seja concedida autorização aos filiados do Sindicato Impetrante para que se utilizem da Lei Federal 7.783/89, que rege o direito de greve na iniciativa privada, até o advento da norma regulamentadora. 6. Solicita ainda seja julgada procedente a ação e, declarada a omissão do Poder Legislativo, seja determinada a supressão da lacuna legislativa, mediante a regulamentação do direito de greve no serviço público. Pede, ao final, seja reconhecido o direito de greve. (...) 26. Salvo a hipótese de — como observei anteriormente, lembrando FERNANDO PESSOA — transformarmos a Constituição em papel “pintado com tinta” e aplicá-la em “uma coisa em que está indistinta a distinção entre nada e coisa nenhuma”, constitui dever-poder deste Tribunal a formação supletiva, no caso, da norma regulamentadora faltante. 27. O argumento de que a Corte estaria então a legislar — o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, §4º, III] — é insubsistente. (...) 41. Ademais, não há que falar em agressão à “separação dos poderes”, mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada “separação dos poderes” provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de “separação dos poderes”, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original. (...) 45. Não se aplica ao direito de greve dos servidores públicos, repito-o, exclusivamente, e em sua plena redação, a Lei n. 7.783/89, devendo o Supremo Tribunal Federal dar os parâmetros do seu exercício. Esses parâmetros hão de ser definidos por esta Corte de modo abstrato e geral, para regular todos os casos análogos, visto que norma jurídica é o preceito, abstrato, genérico e inovador — tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados — que se integra no ordenamento jurídico e não se dá norma para um só. 46. No mandado de injunção o Poder

¹⁰⁴ Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.

Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia a norma regulamentadora que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. E nada obsta a que, no que tange às hipóteses de outras impetrações, no futuro, que versem situações análogas, a elas seja estendida, por despacho monocrático do relator, essa mesma regulação, nos termos do disposto no artigo 21 do Regimento Interno desta Corte. (...) 53. Isto posto, a norma, na amplitude que a ela deve ser conferida no âmbito do presente mandado de injunção, compreende conjunto integrado pelos artigos 1º ao 9º, 14, 15 e 17 da Lei n. 7.783/89, com as alterações necessárias ao atendimento das peculiaridades da greve nos serviços públicos, que introduzo no art. 3º e seu parágrafo único, no art. 4º, no parágrafo único do art. 7º, no art. 9º e seu parágrafo único e no art. 14. Este, pois, é o conjunto normativo reclamado, no quanto diverso do texto dos preceitos mencionados da Lei n. 7.783/89: (...) 54. Em face de tudo, conheço do presente mandado de injunção, para, reconhecendo a falta de norma regulamentadora do direito de greve no serviço público, remover o obstáculo criado por essa omissão e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII da Constituição do Brasil, nos termos do conjunto normativo enunciado neste voto.¹⁰⁵

Com as decisões prolatadas nos Mandados de Injunção nº 721-7-DF (direito à aposentadoria especial do servidor público) e 670-ES, 708-DF e 712-PA (direito de greve dos servidores públicos) o Supremo Tribunal Federal aproximou-se da concepção contemporânea de jurisdição, revendo o seu antigo posicionamento conservador, tributário de uma específica interpretação da doutrina da separação dos poderes, e aceitando a conformação das funções estatais a partir de um sistema de balanceamento entre os poderes, que ao exercerem (ou deixarem de exercer) as suas funções sofrerão os freios e os contrapesos necessários à manutenção do equilíbrio entre eles e à vedação do abuso do poder.

Ocorre, no entanto, que apesar dos avanços promovidos pela jurisprudência do STF, não se pode deixar de perceber uma incoerência no que diz respeito às duas últimas posições adotadas pela Corte: no MI nº 721-7-DF, em que se reivindicava a concretização do direito à aposentadoria especial do servidor público (art. 40, §4º da CF), foram conferidos efeitos inter partes à decisão, ao passo que nos MIs nº 670-ES, 708-DF e 712-PA, nos quais se postulava a regulamentação judicial do direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII da CF), o Tribunal imprimiu ao julgado efeitos erga omnes. Saliente-se que, posteriormente, novas decisões foram exaradas em mandados de injunção que tinham por objeto o direito à aposentadoria especial dos servidores públicos e, ignorando

¹⁰⁵ STF. MI nº 712-8-PA, Rel. Min. Eros Grau. DJU, 23.11.2007.

o posicionamento adotado nos writs relativos ao direito de greve, nos quais se atribuiu efeitos erga omnes ao acórdão, o STF voltou a emprestar efeitos inter partes às decisões.

É o que se passou com o MI nº 758-DF, de relatoria do Min. Marco Aurélio, julgado em 1º.07.2008, e com os MIs nº 788, 796, 808, 815, 825, de relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, e MIs nº 795, 797, 809, 828, 841, 850, 857, 879, 905, 927, 938, 962, 998, que tiveram como relatora a Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, todos eles julgados na sessão do dia 15.04.2009. Nos aludidos julgados, em que se analisavam pedidos de regulamentação do direito à aposentadoria especial de servidores públicos que trabalham em condições insalubres e perigosas à sua integridade física (art. 40, §4º da CF), os Ministros do Supremo Tribunal Federal acordaram à unanimidade de votos em conceder as injunções, aplicar supletivamente a Lei do Regime Geral da Previdência Social, mas atribuir às decisões efeitos restritos aos impetrantes.

E curiosamente, o próprio STF formulou Proposta de edição de Súmula Vinculante (PSV nº 45) com a seguinte sugestão de redação: "Enquanto inexistente a disciplina específica sobre aposentadoria especial do servidor público, nos termos do artigo 40, §4º da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional n. 47/2005, impõe-se a adoção daquela própria aos trabalhadores em geral (artigo 57, §1º da Lei n. 8.213/91)".¹⁰⁶ Ora, por qual motivo entendeu-se necessária a edição de Súmula Vinculante para a situação do direito à aposentadoria especial do art. 40, §4º da CF, se no caso do direito de greve dos servidores públicos tal medida foi considerada despicienda? Por que razão se admite, em uma situação, a atribuição de efeitos erga omnes em matéria de mandado injunção e, em outra, julga-se imprescindível a existência de Súmula Vinculante para estender os efeitos da decisão a terceiros?

Diante de tais incongruências, é preciso reconhecer que, apesar da evolução da construção jurisprudencial em matéria de mandado de injunção ensejada com os julgamentos proferidos de 2007 para cá, diante da ampliação da efetivação de direitos constitucionais não regulamentados, impende sublinhar a ausência de formulação de um critério objetivo da Corte no que diz respeito aos efeitos da decisão em mandado de injunção. É o que se pretende nas próximas páginas: com base nos vinte anos de experiência da Corte e de sugestões da doutrina, sugerir uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção, conformada à concepção

¹⁰⁶ STF. Edital de 18.6.2009. DJe, n. 116, data de publicação 24.6.2009, divulgado em 23.6.2009.

contemporânea de Constituição, jurisdição, ação e processo, que leva em conta as peculiaridades do direito material para, só então, construir a técnica processual adequada à tutela dos direitos.

6 A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção: tijolo com tijolo num desenho mágico

Com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, por meio do qual o direito fundamental de ação se revela hodiernamente, poder-se-ia, num primeiro momento, concordar com Luís Roberto Barroso quando o autor afirma a desnecessidade do mandado de injunção nos dias atuais.¹⁰⁷ Ora, se ao juiz incumbe o dever de prestar, através da jurisdição, a proteção devida às situações de direito material que exigem a sua tutela, utilizando todas as técnicas processuais adequadas para tanto, seria desnecessária a previsão constitucional autorizando-o expressamente a fazê-lo mediante a concessão de mandado de injunção. Não obstante, insta salientar que se impõe também ao legislador a atribuição de conferir instrumentos idôneos à tutela dos direitos, sejam eles fundamentais ou não, o que faz exsurgir a necessidade da criação de um procedimento adequado à satisfação, por exemplo, dos direitos fundamentais não-regulamentados, justificando e reforçando a existência da garantia constitucional.

Conquanto haja previsão constitucional do mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF), é de se observar que o legislador ordinário não imprimiu ao instituto uma regulamentação determinada, deixando, portanto, de especificar os seus contornos. Porém, conforme já mencionado, a ausência ou insuficiência da regra processual pode constituir óbice à efetiva tutela do direito material,¹⁰⁸ razão pela qual as propostas oferecidas nas próximas páginas constituem sugestões de interpretação e aplicação do mandado de injunção, seja para o juiz, seja para o legislador quando for tratar especificamente do instituto, não se configurando, jamais, como padrões obrigatórios. Partiremos, doravante, com fundamento nas quatro paredes sólidas erigidas pelo Estado Constitucional, para a construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção, colocando tijolo com tijolo num desenho mágico.¹⁰⁹

6.1 Tutela jurisdicional pretendida e natureza jurídica da decisão

Conforme explanado no item 3, *supra*, desconsideradas as pequenas variações existentes, foram três os principais entendimentos na doutrina

¹⁰⁷ BARROSO. O direito constitucional e a efetividade das suas normas. 8. ed., p. 266.

¹⁰⁸ MARINONI. Teoria geral do processo, p. 62.

¹⁰⁹ Trecho da música "Construção". HOLANDA. Construção.

acerca da finalidade do mandado de injunção: (a) suscitar a declaração de inconstitucionalidade da omissão estatal, dando ciência ao órgão responsável pela elaboração da norma;¹¹⁰ (b) provocar o Judiciário para elaborar a norma regulamentadora necessária ao exercício do direito reclamado, de forma geral e abstrata, suprimindo provisoriamente a omissão do Estado;¹¹¹ (c) viabilizar no caso concreto o exercício do direito obstaculizado pela ausência de regulamentação, com efeitos limitados às partes do processo.¹¹²

O que se pôde perceber, ao analisar grande parte dos argumentos apresentados pelos autores, é que em geral a interpretação do instituto processual em tela não é feita a partir da observância das necessidades e especificidades da situação-problema de direito material, para somente então se pensar nas técnicas processuais e procedimentos adequados a solucioná-la. Assim, de forma assistemática, são colocados prós e contras, e a escolha por uma ou outra opção é feita ao sabor do intérprete.

Tomando como premissa as balizas disseminadas pelo Estado Constitucional, trabalhadas no item 4, *supra*, chega-se à conclusão de que o mandado de injunção deve ser pensado como a ação judicial nutrida de todas as técnicas processuais necessárias a satisfazer, por meio da via jurisdicional, o direito constitucional cujo exercício esteja impossibilitado em razão da ausência de norma regulamentadora. No caso da presente pesquisa, investiga-se o campo específico dos direitos fundamentais, o que impõe, antes de tudo, considerar as peculiaridades do regime jurídico especial conferido a esses direitos, para só então identificar a forma adequada de tutelá-los pela via processual.

Sendo assim, num primeiro momento os efeitos jurídicos pretendidos pelo mandado de injunção serão sempre uma tutela normativa. O exercício do direito que fundamenta a propositura da ação se encontrará inviabilizado pela falta de mediações concretizadoras que densifiquem

¹¹⁰ FERREIRA FILHO. Curso de direito constitucional, p. 277.

¹¹¹ SOUZA. Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais, p. 113-118; GOMES. Anotações sobre o mandado de injunção. Revista dos Tribunais, n. 647, p. 43; PFEIFFER. Mandado de injunção, p. 106; OLIVEIRA. A natureza do mandado de injunção. Revista de Processo, n. 56, p. 88; GRECO FILHO. Tutela constitucional das liberdades, p. 182-184; PASSOS. Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo), p. 123. Apenas nos casos de omissões legislativas, OLIVEIRA. O mandado de injunção. Revista de Informação Legislativa, n. 100, p. 57.

¹¹² BARROSO. Mandado de injunção: perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. Revista de Direito Administrativo, n. 191, p. 4; PIOVESAN, *op. cit.*, p. 157-159; SILVA. Mandado de injunção e habeas data, p. 27; MACIEL. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. In: TEIXEIRA (Org.). Mandados de segurança e de injunção: estudos de direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos, p. 377; MOREIRA. Notas sobre o mandado de injunção. In: TEIXEIRA (Org.). Mandados de segurança e de injunção: estudos de Direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos; PUCCINELLI JÚNIOR. A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador, p. 190.

o conteúdo do comando constitucional. Caberá ao Judiciário, portanto, concretizar¹¹³ a norma constitucional que define o direito reclamado, de forma a viabilizar ao seu titular a fruição dos efeitos que por ele deveriam ser produzidos, conforme lhe impõe o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º da CF). O juiz deverá, como já dito, promover as mediações concretizadoras necessárias ao exercício do direito. Frise-se que a jurisdição não estará constituindo o direito em si, pois este já havia sido outorgado pela própria Constituição; o que se procederá é a regulamentação do modo como ele será exercitado.

Em um segundo momento, após a densificação da forma como o direito será exercitado, poderá o seu titular depender de outro tipo de tutela, quando a tutela normativa não se fizer suficiente para a garantia do direito pleiteado. Isso porque, mesmo após a elaboração da regulamentação do exercício do direito, a parte que estiver sujeita a cumpri-la poderá recusar-se a fazê-lo. Embora defendam alguns autores que, após o processo de densificação do mandamento constitucional promovido no mandado de injunção, caberá à parte buscar a efetivação do seu direito nas vias ordinárias,¹¹⁴ entende-se como mais adequada, em homenagem ao princípio da economia processual, a prestação da tutela no curso do próprio mandado de injunção. Assim, o mandado de injunção não se presta a fornecer tão só e unicamente a tutela normativa, mas sim a satisfazer efetivamente o direito no curso do próprio processo,¹¹⁵ podendo o magistrado utilizar todos os meios aptos para tanto.

Dessa forma, após a formulação da regulamentação necessária ao exercício do direito, caso a parte passiva se recuse a aceitar a regulação elaborada, o juiz poderá, no próprio processo do mandado de injunção, compeli-la a respeitar a autoridade da decisão, utilizando-se de todos os meios coercitivos necessários para tanto, inclusive o recurso à tutela mandamental. O tipo de tutela a ser prestada nesse segundo momento irá depender das necessidades reclamadas pelo direito material, podendo assumir qualquer das formas possíveis (inibitória, ressarcitória, específica, etc.).¹¹⁶ Por consequência, a natureza da decisão poderá variar, conforme a tutela de direito material pretendida.

¹¹³ "O processo de concretização consiste em adicionar componentes, determinar conceitos, ao passo que a tipificação, a positivação normativa importa em excluir, prescindir de componentes, num processo de abstração (...). A concretização encerra uma atividade de determinação e especificação" (SILVA. Concretizando a Constituição, p. 79-80).

¹¹⁴ PASSOS, op. cit, p. 100; SILVA. Lineamentos do mandado de injunção, p. 71; SANTOS. O mandado de injunção, p. 29.

¹¹⁵ Nessa linha, entre tantos outros: SILVA. Mandado de injunção e habeas data, p. 27; MOREIRA. Mandado de injunção. Revista de Processo, n. 56, p. 115; BARBI. Mandado de injunção. Revista dos Tribunais, n. 637, p. 9.

¹¹⁶ Para uma análise acerca dos diversos tipos de tutela dos direitos, ver MARINONI. Técnica processual e tutela dos direitos, p. 249-668.

Poderá ter natureza: (i) meramente declaratória quando o afastamento da reserva de lei for suficiente para a satisfação do direito;¹¹⁷ (ii) constitutiva quando a regulamentação elaborada disciplinar determinada relação jurídica entre as partes;¹¹⁸ (iii) condenatória quando se tratar, por exemplo, de reparação de danos;¹¹⁹ (iv) mandamental quando a parte passiva se negar a cumprir a regulamentação elaborada pelo órgão jurisdicional;¹²⁰ entre outras. Essa conclusão decorre da compreensão, antes esposada, de que o processo deverá atender às exigências do direito material, propiciando as técnicas processuais e instrumentos idôneos às tutelas dos direitos.

Além da tutela do direito postulado pelo impetrante, o mandado de injunção assume outra incumbência. Entendendo, na esteira de Romeu Felipe Bacellar Filho, que as garantias constitucionais possuem a dupla função de tutelar o direito subjetivo e, por via reflexa, assegurar a normatividade da Constituição no plano objetivo,¹²¹ é de se aceitar que pela via do mandado de injunção, além da satisfação do direito, o Judiciário promova uma ordem — de natureza, portanto, mandamental — para que o órgão competente crie a norma faltante.^{122 123}

Tratando-se de direitos constitucionais em geral, não considerados como formal ou materialmente fundamentais, cuja regulamentação deveria ter sido criada por órgãos legislativos ou administrativos, o escopo dessa decisão será demarcar um prazo para a colmatação da lacuna que, se descumprido, abrirá ensejo para a responsabilização do órgão omissor.¹²⁴

¹¹⁷ Constituição Federal, art. 5º, XXVI: “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”.

¹¹⁸ Constituição Federal, art. 40, §4º, III: “§4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (...) cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”.

¹¹⁹ ADCT, art. 8º, §3º: “Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”.

¹²⁰ BARROSO. O direito constitucional e a efetividade das suas normas. 8. ed., p. 256.

¹²¹ BACELLAR FILHO. Direito administrativo. 3. ed., p. 89.

¹²² Admitindo a cumulação dessas duas finalidades ao mandado de injunção: CLÈVE. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed., p. 377-378; PACHECO. O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas. 4. ed., p. 381-382. Discordando do acúmulo de finalidades, e defendendo apenas a função de criar a norma para o caso concreto sem ordenar ao órgão competente que expêça a norma faltante, BARROSO. O direito constitucional e a efetividade das suas normas. 8. ed., p. 247.

¹²³ Foi esse o procedimento adotado pelo STF no recente julgamento do MI nº 758-DF, Relator Ministro Marco Aurélio, em que o Tribunal supriu a lacuna constitucional para assegurar o direito do impetrante à aposentadoria especial decorrente de condições insalubres de trabalho (art. 40, §4º, da CF) e, ao mesmo tempo, determinou ao Congresso Nacional que elaborasse a lei complementar faltante (STF. MI nº 758-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01.07.2008).

¹²⁴ Ver, sobre o tema da responsabilidade civil do Estado por omissões legislativas, PUCCINELLI JÚNIOR. A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador, p. 211-257.

Repise-se que esta última função do mandado de injunção não substitui a anterior, devendo ser cumulativa. Ela terá somente a função de proceder a mediação concretizadora do dever de criar a norma, incitando o Judiciário a declarar que já decorreu o prazo razoável para a sua elaboração e que, após o prazo determinado, o Estado deverá responder civilmente pelos danos causados em decorrência da sua omissão.¹²⁵

No caso específico dos direitos fundamentais, em função do princípio da aplicabilidade imediata que caracteriza o seu regime jurídico, as autoridades competentes para a sua regulamentação já estavam, a nosso ver, obrigadas a fazê-lo desde a promulgação da Constituição Federal. É esse o significado que se deve extrair do art. 5º, §1º da CF. Sendo assim, os danos causados ao cidadão em razão da inefetividade de um direito fundamental por ele titularizado, por conta da falta de norma regulamentadora, podem ser postulados independentemente do descumprimento da ordem mandamental proferida pelo Judiciário com o objetivo de compelir o órgão omissor a elaborar a disposição normativa concretizadora.

Assim, no que diz respeito à tutela jurídica pretendida e à natureza jurídica da decisão no mandado de injunção, tanto nos casos de omissões legislativas, quanto nos casos de omissões administrativas, tem-se que: (i) a principal tutela a ser prestada pelo Judiciário é a tutela normativa, regulamentando o exercício do direito pleiteado; (ii) a segunda tutela, nem sempre necessária, vai variar conforme as exigências do direito material em questão, podendo assumir qualquer das formas possíveis, com o objetivo de satisfazer no curso do mesmo processo o direito reclamado; (iii) o terceiro passo a ser dado pelo Judiciário será ordenar ao órgão competente que formule a norma faltante (tutela mandamental), sob pena de lhe ser imputada a responsabilidade civil pelos danos causados em face da omissão, ficando sujeito a responder ação de reparação de danos a ser proposta pelos demais titulares do mesmo direito, em caso de descumprimento da ordem judicial.

6.2 Efeitos da decisão proferida em sede de mandado de injunção

Viu-se que, conforme as contemporâneas concepções de jurisdição, ação e processo, o mandado de injunção tem por função primordial viabilizar o exercício do direito demandado em juízo pelo impetrante. Cumpre

¹²⁵ Sobre a responsabilidade da Administração Pública por omissão, ver, por todos, BACELLAR FILHO. Responsabilidade civil da Administração Pública: aspectos relevantes: a Constituição Federal de 1988: a questão da omissão: uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: FREITAS (Org.). Responsabilidade civil do Estado, p. 293-336.

agora analisar se os efeitos da decisão prolatada no julgamento do writ deverão se limitar ao autor da ação (inter partes), ou se deverão aproveitar aos demais titulares do mesmo direito (erga omnes).

A premissa da qual se deve partir para a análise dessa questão é a mesma que se tem adotado desde o início deste trabalho: o processo deverá atender às exigências do direito material, propiciando as técnicas processuais e instrumentos idôneos às tutelas dos direitos. E é dentro desse horizonte de compreensão que se apreciará o polêmico tema relativo aos efeitos da decisão no mandado de injunção.

A doutrina, ao tratar do tema, procurou sempre uma argumentação lógica e única para justificar a atribuição de efeitos inter partes ou erga omnes à decisão prolatada no mandado de injunção. Acontece que, buscando-se elementos de forma abstrata e meramente processual para definir os efeitos da decisão, acaba-se recaindo na falha acometida pelos adeptos da concepção de ação e processo inerentes ao Estado Legislativo, os quais afastavam a ação e o processo das especificidades concretas identificadas pelo direito material. É imperativo, pois, à luz da compreensão de ação e processo no Estado Constitucional, divorciar-se das concepções ultrapassadas e pensar nos efeitos da decisão no mandado de injunção conforme a natureza ou função do direito material reclamado.

Como o principal objeto de exame deste estudo reside na concretização dos direitos fundamentais, não há como se investigar essa questão sem retomar uma das mais peculiares características desses direitos: a sua multifuncionalidade. Como já se teve a oportunidade de averbar em outra sede,¹²⁶ os direitos fundamentais devem ser vislumbrados como feixes de posições jusfundamentais, pelo fato de agregarem diversas posições jurídicas distintas ligadas a um mesmo direito, que exerce variadas funções. É a ideia de Roberto Alexy de "direito fundamental como um todo".¹²⁷

Partindo da premissa de que os direitos fundamentais são multifuncionais,¹²⁸ o citado autor alemão associa a esses direitos variadas funções, dividindo-os, conforme suas funções primordiais, em dois grandes grupos: direitos de defesa e direitos a prestação. Estes, por sua vez, dividem-se em direitos a prestações fáticas (ou direitos à prestação em sentido estrito) e em direito a prestações normativas (ou direitos fundamentais em sentido amplo).

¹²⁶ HACHEM. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: 20 anos de obscuridade nas brumas do senso comum teórico. EOS – Revista Jurídica da Faculdade de Direito – Faculdade Dom Bosco, n. 4, p. 109-112.

¹²⁷ ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales. 2. ed., p. 214.

¹²⁸ Tal aspecto é ressaltado por SARLET, op. cit., p. 184.

Os direitos fundamentais em sentido amplo dividem-se em direitos à proteção e direitos à participação na organização e no procedimento.

Conquanto a classificação seja feita de acordo com a função predominante exercida pelo direito fundamental, o que poderia induzir à confusão de se imaginar que ele não exerceria outras funções que não aquela principal, a alusão à sua classificação justifica-se para se pensar que, conforme a natureza ou função do direito fundamental cujo exercício quedou impossibilitado em decorrência da falta de norma regulamentadora, os efeitos da decisão no mandado de injunção poderão ser diversos.

Em geral, no caso dos direitos de defesa, que requerem uma abstenção do Estado, a mera retirada do obstáculo da reserva legal com efeitos inter partes pode ser suficiente para a tutela do direito.¹²⁹ No caso dos direitos de proteção, em contrapartida, por exigirem que o Estado proteja o seu titular contra intervenções de terceiros,¹³⁰ muitas vezes uma solução individual pode restar inócua. Por exemplo, o direito fundamental à proteção do consumidor (art. 5º, XXXII, CF) e um dos dispositivos constitucionais que o materializa: art. 150, §5º: “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”. O direito à proteção do consumidor contra a obscuridade relativa à incidência de tributos sobre as mercadorias e serviços adquiridos jamais poderia ser satisfeito através de uma solução judicial de caráter individual. De que valeria a condenação de uma fábrica de laticínios em esclarecer a um determinado consumidor quais foram os impostos que incidiram sobre um único iogurte por ele adquirido?

Outro caso é o direito fundamental à proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX, CF). A inexistência de políticas inclusivas da mulher no mercado de trabalho pode inviabilizar esse direito fundamental protetivo. O mesmo se diga em relação ao direito fundamental à proteção contra a automação (art. 7º, XXVII, CF). Em tais situações, emerge a necessidade de se elaborar a norma regulamentadora, com efeitos erga omnes, já que nem sempre o exercício dos direitos fundamentais poderá ser garantido a partir de soluções com efeitos inter partes e a posteriori. É inexorável a incidência dos efeitos da decisão regulamentadora sobre todos, uma vez que tais direitos jamais poderiam ser tutelados a partir de uma decisão individual e posterior. Como se poderia proteger o mercado

¹²⁹ Um exemplo que pode ser ventilado é o já mencionado direito à imunidade tributária das entidades beneficentes de assistência social, previsto no art. 195, §7º, da CF. Basta a declaração de que a entidade gozará da imunidade, ainda que a lei não estabeleça as condições a que se refere a Constituição, para que a tutela do direito seja satisfeita.

¹³⁰ ALEXY, op. cit, p. 398.

de trabalho da mulher com uma decisão que incidisse apenas sobre a impetrante do mandado de injunção?

Ademais, em que pese a discordância de parcela da doutrina,¹³¹ poderá ser impetrado mandado de injunção coletivo,¹³² hipótese em que o impetrante estará reclamando a regulamentação do exercício de um direito coletivo.¹³³ É o caso, já mencionado, dos sindicatos quando da propositura de mandado de injunção postulando a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos.¹³⁴ Os efeitos da decisão, em tais situações, deverão incidir apenas sobre a coletividade representada na ação coletiva, não havendo justificativa para estendê-los erga omnes, como ocorreu no julgamento dos Mandados de Injunção nº 670-ES, 708-DF e 712-PA pelo STF em 2007, uma vez que há a possibilidade jurídica de se cindir os efeitos do acórdão, restringindo-os apenas aos representados pela entidade coletiva.

Diferentemente dos direitos coletivos em sentido estrito, os direitos difusos demandam, para sua proteção, normas gerais e abstratas, com efeitos erga omnes. Cite-se, a título ilustrativo, o direito fundamental ao meio ambiente hígido, previsto no art. 225 da Constituição Federal.¹³⁵ Segundo Robert Alexy, de tal direito podem ser deduzidas diversas posições jurídicas distintas, tais como: (i) um direito a que o Estado omita determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa); (ii) um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental frente a intervenções de terceiros que lesionem o ambiente (direito de proteção); (iii) um direito a que o Estado permita ao titular do direito participar de procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito ao procedimento); e (iv) um direito a que o próprio Estado empreenda medidas fáticas, tendentes a melhorar o ambiente (direito a uma prestação fática).¹³⁶

¹³¹ PASSOS. Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo), p. 117.

¹³² STF. MI nº 347-5-SC. Rel. Min. Néri da Silveira. DJU, 08.04.1994; STF. MI nº 361-1-RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJU, 17.06.1994.

¹³³ Nesse sentido, PIOVESAN, op. cit, p. 143-144; SILVA. Curso de direito constitucional positivo. 26. ed., p. 461-462.

¹³⁴ A respeito do mandado de injunção coletivo, cf. a importante e bem desenvolvida contribuição de PFEIFFER. Mandado de injunção, p. 251-279. Ver, ainda, MAZZEI. Mandado de injunção. In: DIDIER JR. (Org.). Ações constitucionais, p. 150-154.

¹³⁵ Art. 225 da CF: "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

¹³⁶ "El derecho fundamental al medio ambiente responde más bien a aquello que antes se denominó 'derecho fundamental como un todo'. Está constituido por un conjunto de posiciones de tipos muy diferentes. Así, quien propone el establecimiento de un derecho fundamental al medio ambiente, o su adscripción interpretativa a las disposiciones de derecho fundamental existentes puede, por ejemplo, incluir en este conjunto o haz de posiciones, un derecho a que el Estado omita determinadas intervenciones en el medio ambiente (derecho de defensa), un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que dañen el ambiente (derecho de protección), un derecho a que el Estado permita participar al titular del derecho en procedimientos relevantes para el medio ambiente (derecho al procedimiento) y un derecho a que el propio Estado emprenda medidas fáticas, tendientes a mejorar el ambiente (derecho a una prestación fática)" (Tradução livre. ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales. 2. ed., p. 392).

Na hipótese de inexistirem normas que assegurem a proteção de cada um dos direitos que compõem os desdobramentos acima referidos, torna-se cabível o mandado de injunção para que, através do Poder Judiciário, sejam criadas as disposições normativas necessárias à sua proteção. Evidentemente que, em tais casos, a natureza do direito fundamental em questão demanda a outorga de efeitos erga omnes.

A legitimidade ativa para impetração do mandado de injunção no caso de direitos difusos será do Ministério Público Federal. Embora já se pudesse extrair da sua competência definida no art. 129, II, da CF, a legitimidade da instituição para ajuizar mandado de injunção “quando difusos os interesses a serem protegidos” foi expressamente reconhecida pela Lei Complementar nº 75/93, em seu art. 6º, VIII.¹³⁷ Por consequência, estende-se a legitimidade aos Ministérios Públicos dos Estados, em face do disposto no art. 80 da Lei nº 8.625/93.¹³⁸ Assim, por força da Lei Complementar nº 73/95, estão abrangidos também pelo espectro protetivo do mandado de injunção os direitos difusos,¹³⁹ não obstante a rejeição da idéia por alguns autores.¹⁴⁰

Quanto aos argumentos dirigidos contra a admissibilidade de atribuição de efeitos erga omnes no mandado de injunção, em função da suposta violação ao princípio da separação dos poderes, espera-se ter deixado suficientemente assinalado que inexistente qualquer afronta ao ordenamento constitucional pátrio. Como visto, o Estado Constitucional reclama, para a garantia da normatividade da Constituição e da efetividade dos direitos fundamentais, uma postura judicial ativa, sempre que esta se fizer necessária para contrabalançar o silêncio transgressor¹⁴¹ dos demais poderes estatais. Só assim se poderá assegurar o equilíbrio entre os poderes, pedra de toque da teoria de Montesquieu, e que no Estado brasileiro contemporâneo é acolhida através de um sistema de freios e contrapesos, onde há a cooperação entre os poderes,¹⁴² e não mais uma rígida separação.

¹³⁷ Art. 6º, VIII da Lei Complementar nº 75/93: “Compete ao Ministério Público da União: (...) promover outras ações, nelas incluído o 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, quando difusos os interesses a serem protegidos”.

¹³⁸ Art. 80 da Lei nº 8.625/93: “Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União”.

¹³⁹ SUNDFELD. Mandado de injunção. *Revista de Direito Público*, n. 94, p. 149.

¹⁴⁰ PIOVESAN, op. cit, p. 144; PUCCINELLI JÚNIOR. A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador, p. 181. Este segundo sustenta a inconstitucionalidade do art. 6º, VIII, da Lei Complementar nº 73/95, por suposta ofensa ao princípio da separação dos poderes.

¹⁴¹ Expressão cunhada por CLÈVE. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed., p. 346.

¹⁴² PIOVESAN, op. cit, p. 32.

Há casos, no entanto, em que o direito fundamental de proteção poderá ser tutelado individualmente. Tome-se a disposição do art. 5º, VI, da CF: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. Dela se extrai o direito fundamental à proteção aos locais de culto e suas liturgias. Imagine-se que determinado templo, por alguma razão, sofra frequentemente ataques de cultores de outra religião. Ainda que a proteção aos locais de culto esteja prevista “na forma da lei”, será cabível o mandado de injunção para postular ao Judiciário que regulamente — enquanto não sobrevier a lei regulamentadora — a forma como o templo será protegido pelo Estado.

No caso dos direitos fundamentais a prestações fáticas,¹⁴³ por seu turno, vislumbra-se possível a concretização individual do seu exercício.¹⁴⁴ Pode-se mencionar o caso do direito ao atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência (art. 208, III, CF). Em face da ausência de norma que regulamente a forma como o atendimento especializado será prestado aos estudantes portadores de deficiência, o Poder Judiciário poderá, no caso concreto, definir a forma como se dará a satisfação do direito, condenando o Estado a garantir o acesso à educação especial. Se esta não puder ser prestada mediante a rede regular de ensino, deverá ser propiciada em qualquer escola disponível, ainda que privada, a expensas do Estado,¹⁴⁵ assegurando ao estudante o exercício do seu direito.

Há outros casos, contudo, em que a tutela individual do direito poderá ser promovida mediante outras ações, mas que a propositura do mandado de injunção será necessária para a garantia de uma tutela jurídica

¹⁴³ “Los derechos prestacionales en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que — si el individuo tuviera los medios financieros suficientes, y si encontrase en el mercado una oferta suficiente — podría obtener también de los particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la seguridad social, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos prestacionales en sentido estricto” (ALEXY, op. cit, p. 443).

¹⁴⁴ Contudo, o caso dos direitos a prestações fáticas reveste-se de uma especial problemática, atinente à escassez de recursos. Sugere-se, assim, a utilização do conceito de mínimo existencial como critério para delinear os limites da extensão da legitimidade do Poder Judiciário na concretização de tais direitos, quando a sua efetivação esbarrar na reserva do possível. Para um aprofundamento do tema, ver BARCELLOS. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana; AMARAL. Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas; KRELL. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET (Org.). A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Sobre o conceito de mínimo existencial, difundido na doutrina brasileira de forma pioneira por Ricardo Lobo Torres, ver TORRES. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. Revista Brasileira de Direito Administrativo, n. 177; TORRES. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: NUNES; COUTINHO (Org.). Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal; TORRES. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SARMENTO; SOUZA NETO (Coord.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie; e, de forma sistematizada e aprofundada; TORRES. O direito ao mínimo existencial.

¹⁴⁵ BARROSO. O direito constitucional e a efetividade das suas normas. 8 ed., p. 147.

transindividual. É o caso do art. 5º, L, da CF: “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Na hipótese de uma presidiária solicitar a permanência com seu filho no período de amamentação e ter o seu pedido negado, não há dúvidas de que caberia mandado de segurança contra a autoridade responsável pelo estabelecimento prisional. No entanto, a inexistência de uma regulamentação adequada, aplicável de forma genérica à penitenciária no tocante às condições de permanência das presidiárias com seus filhos para amamentação, pode, em muitos casos, inviabilizar o exercício desse direito fundamental. Desse modo, se impetrado mandado de injunção, a atribuição de efeitos erga omnes poderá dar conta do problema, permitindo o exercício do direito por todas as presidiárias.

Não se pretende, com os exemplos acima expostos, estabelecer critérios fixos e obrigatórios em relação aos efeitos da decisão no mandado de injunção conforme a classificação dos direitos fundamentais segundo Robert Alexy. Registre-se, como se tentou demonstrar, que mesmo direitos que exercem primordialmente a mesma função — e, portanto, que pertencem à mesma classificação — poderão demandar efeitos distintos.

O que se procura evidenciar é que, o afã pela busca de uma única solução ao mandado de injunção significa atrelar-se às concepções de ação e de processo construídas no Estado Legislativo, em que a ação era vista como algo abstrato, desconectado das peculiaridades do direito material e do caso concreto, e ao processo associava-se a ideia de um procedimento único, padronizado, que deveria atender a todas as situações de forma idêntica. À decisão prolatada no mandado de injunção, por conseguinte, podem ser emprestados efeitos inter partes ou erga omnes, variando conforme as exigências concretas das situações de direito material.^{146 147} Sendo difusos ou coletivos os direitos em questão, não há como se deixar de admitir a atribuição de efeitos erga omnes à decisão. O mesmo vale para a natureza da decisão, que deverá se adaptar à tutela do direito reclamado, podendo assumir qualquer das formas possíveis.

¹⁴⁶ Curiosamente, é o autor português Jorge Miranda quem identifica tal peculiaridade no mandado de injunção no direito brasileiro: “no mandado de injunção o tribunal pode emitir as medidas necessárias, de efeito individual ou erga omnes consoante os casos” (MIRANDA. Manual de direito constitucional. 2. ed., t. VI, p. 299).

¹⁴⁷ Em todos os casos, a superveniência de lei ou ato administrativo que venha a regulamentar o exercício do direito permitirá aos seus titulares o gozo dos seus efeitos, desde que sejam mais benéficos em relação à regulamentação elaborada judicialmente. Nesse influxo, SILVA. Mandado de injunção e habeas data, p. 50; SOUZA, op. cit, p. 138. Afirmando que a regulamentação superveniente não poderá incidir sobre as situações jurídicas definitivamente constituídas por decisão judicial prolatada em mandado de injunção, TEMER. O mandado de injunção e seus limites. Revista de Direito Público, n. 98, p. 31. De maneira contrária, assinalando que a regulamentação superveniente passa a sobrepor-se aos preceitos definidos a título provisório pelo Poder Judiciário: PFEIFFER, op. cit, p. 219.

7 Conclusões

Diante do exposto, conclui-se que:

(i) os direitos fundamentais previstos em disposições constitucionais de baixa densidade normativa, quando necessitarem de regulamentação infraconstitucional para produzirem seus efeitos, devem ser tutelados pela jurisdição, uma vez que as disposições constitucionais são dotadas de força vinculante e hierarquia suprema;

(ii) a jurisdição, mesmo na ausência de lei ou do ato normativo da Administração Pública, tem o dever de efetivar os direitos fundamentais, recaindo sobre o juiz a função de tutelá-los quando quedarem inertes o legislador ou o administrador;

(iii) o mandado de injunção deve ser encarado dentro da concepção de ação consolidada pelo Estado Constitucional, ou seja, como instrumento de tutela efetiva do direito material, razão pela qual os seus contornos jurídico-processuais devem ser definidos a partir das particularidades que o direito fundamental reclamar no caso concreto;

(iv) o juiz, para tutelar adequadamente os direitos fundamentais não-regulamentados, deverá lançar mão das técnicas processuais idôneas à ótima satisfação da situação jurídico-material, podendo atribuir à decisão judicial prolatada no mandado de injunção efeitos erga omnes ou inter partes, conforme as exigências específicas do direito reclamado.

The Construction of a New Juridical Configuration to the Writ of Injunction

Abstract: One of the main problems nowadays, in what refers to the effectiveness of the fundamental rights, lies on the inertia of the Legislative and Executive Powers in regulating them, hindering the production of their effects. It's not acceptable, however, to admit that the omission of the Public Power fulminates the normative force of the constitutional provisions, especially when dealing with fundamental rights, to which the constituent has given a strengthened juridical regimen, headed by the immediate applicability. It must, in these cases, to seek judicial review to guarantee the effectiveness of the non regulated fundamental rights. For such situations, the constituent armed the citizen with the writ of injunction, constitutional action that, during much time, had its warlike potential emptied by the STF, due to conceptions tied to obsolete paradigms. Therefore, it is imperative to promote a new reading of the institute in the Brazilian juridical system, under the influence of the conceptions of Constitution, jurisdiction, action and process consolidated with the paradigm transition of the Legislative State for the Constitutional State. Only then, based on these four solid walls, it will be possible to build a new writ of injunction in the Brazilian law, placing brick with brick in a magical drawing to, at last, find an appropriate procedural technique to the jurisdictional protection of the non regulated fundamental rights.

Key words: Fundamental rights. State omissions. Writ of injunction.

Referências

- ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 2. ed. Madrid: CEPC, 2007.
- AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito administrativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. El procedimiento y el Proceso Administrativo en el Sistema Jurídico Brasileño. In: SALOMONI, Jorge Luis; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SESIN, Domingo Juan. Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade: serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. Interesse Público, Porto Alegre, n. 16, 2002.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da Administração Pública: aspectos relevantes: a Constituição Federal de 1988: a questão da omissão: uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: FREITAS, Juarez (Org.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BACHOF, Otto. Jueces y Constitución. Madrid: Civitas, 1985.
- BARBI, Celso Agrícola. Mandado de injunção. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 637, 1988.
- BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção: perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 191, jan./mar. 1993.
- BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade das suas normas. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. Montesquieu abandonne?: developpement et légitimité de la "justice constitutionnelle". In: CAPPELLETTI, Mauro. Le Pouvoir des Juges: articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé. Paris: Ed. Economica, 1990.
- CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 50-60.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de. (Org.). Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CUNHA, Alcides Munhoz da. Comentários ao Código de Processo Civil: do processo cautelar: arts. 796 a 812. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 11.

DALLARI, Adilson de Abreu. Direito ao uso dos serviços públicos. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 13, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

FACHIN, Melina Girardi. Direitos humanos e fundamentais: do discurso teórico à prática efetiva: um olhar por meio da literatura. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Normas constitucionais programáticas: normatividade, efetividade, operacionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1985.

GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 647, 1989.

GORDILLO, Agustín. Princípios gerais de direito público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GRECO FILHO, Vicente. Tutela constitucional das liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989.

GUIMARÃES, Ulysses. A Constituição cidadã. Discurso pronunciado pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, na Sessão 27 de julho de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_62/panteao/panteao.htm>. Acesso em: 06 ago. 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: 20 anos de obscuridade nas brumas do senso comum teórico. EOS – Revista Jurídica da Faculdade de Direito – Faculdade Dom Bosco, n. 4, 2008.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLANDA, Chico Buarque de. Construção. Canção interpretada pelo compositor. Álbum: Construção. Direção de Produção e Estúdio: Roberto Menescal. Direção de Musical: Magro. Estúdio Phonogram, 1971.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de Trabalho e Rendimento. Pesquisa nacional por amostra de domicílios 2005-2006. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2006/sintese/tab3_10.pdf>. Acesso em 06 ago. 2008.

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Mandados de segurança e de injunção: estudos de direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 2. ed. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. t. VI.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de injunção. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 56, out./dez. 1989.

MOREIRA, Wander Paulo Marotta. Notas sobre o mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Mandados de segurança e de injunção: estudos de Direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A natureza do mandado de injunção. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 56, 1989.

OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes de. O mandado de injunção. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 100, 1988, p. 57.

PACHECO, José da Silva. O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PASSOS, J. J. Calmon de. Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo). Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Mandado de injunção. São Paulo: Atlas, 1999.

PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

PIOVESAN, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- PUCCELLI JÚNIOR, André. A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador. Saraiva: São Paulo, 2007.
- QUARESMA, Regina. O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- SALOMONI, Jorge Luis; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SESIN, Domingo Juan. Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquia, impacto y derechos humanos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.
- SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. O mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SILVA, Anabelle Macedo. Concretizando a Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, José Afonso da. Mandado de injunção e habeas data. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- SILVA, José Afonso da. Mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). Mandados de segurança e de injunção: estudos de direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990.
- SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. Lineamentos do mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, n. 7, jul. 2007.
- SOUZA, Luciane Moessa de. Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de injunção. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 94, abr./jun. 1990.
- TAVARES, André Ramos. Teoria da justiça constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). Mandados de segurança e de injunção: estudos de direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990.
- TEMER, Michel. O mandado de injunção e seus limites. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 98, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. Revista Brasileira de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 177, 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: NUNES, António Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. A construção de uma garantia constitucional: compreensão da Suprema Corte quanto ao mandado de injunção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1999.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, p. 129-166, out./dez. 2009.

Recebido em: 16.04.09

Aprovado em: 18.11.09