

MANDADO DE INJUNÇÃO E GARANTISMO: A INSUFICIÊNCIA DAS NORMAS REGULAMENTADORAS

Nestor Eduardo Araruna Santiago¹

Allan Carlos Moreira Magalhães²

Resumo

O presente artigo objetiva analisar a previsão legal do uso do mandado de injunção quando a falta parcial da norma regulamentadora inviabiliza o exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como investigar a partir do paradigma garantista os limites jurídicos que o julgador está adstrito na elaboração da decisão judicial integradora. A metodologia de abordagem é analítica e crítica realizada por meio da revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial em julgados do Supremo Tribunal Federal. Como resultado da pesquisa espera-se demonstrar que o mandado de injunção consiste num instrumento indispensável para a efetivação dos direitos fundamentais por meio do qual se constrói para o caso concreto uma ponte normativa provisória capaz de superar a omissão legislativa de forma legítima apenas quando em consonância com o paradigma garantista. Contudo, a ausência completa de parâmetros jurídicos decorrente da omissão legislativa coloca esse paradigma num grave dilema entre tolerar que o Poder Judiciário avance sobre questões eminentemente políticas e construa a solução ao caso concreto ou aceitar a falta de efetividade da Constituição em decorrência da omissão legislativa.

Palavras-chave: Mandado de injunção. Garantismo. Estado constitucional de direito. Omissão legislativa. Norma regulamentadora. Insuficiência.

¹ Doutor em Direito (UFMG, 2005). Estágio Pós-Doutoral em Direito pela Universidade do Minho. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Ceará. Professor do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Advogado criminalista. E-mail: nestoreasantiago@gmail.com

² Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR; Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais; Professor nos cursos de graduação e pós-graduação *latu sensu* do Centro Universitário do Norte – UNINORTE; Advogado da União. E-mail: allancm2@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

O mandado de injunção é um instrumento jurídico previsto na Constituição Federal de 1988 (CF) cuja finalidade é contrapor-se à omissão legislativa decorrente da não edição de norma regulamentadora, o que inviabiliza o exercício de direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Com isso, o mandado de injunção é importante mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais que, mesmo previstos no ordenamento jurídico-constitucional, não conseguem ser aplicados imediatamente por ausência ou insuficiência normativa.

Assim, por meio do mandado de injunção o Poder Judiciário é provocado a sanar referida omissão pelo exercício da função jurisdicional. Contudo, a decisão judicial integradora que estabelece a ponte normativa viabilizadora do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa, não pode, num Estado constitucional de direito, depender unicamente do senso de justiça do julgador e dos seus valores subjetivos. É necessário que a atividade jurisdicional seja exercida como expressão do garantismo e com a observância da separação dos poderes.

Dentro deste espectro, são importantes buscar respostas às seguintes questões: i) quais são as normas constitucionais que necessitam de prévia regulamentação para assegurar o exercício de determinado direito, liberdade ou prerrogativa; ii) se a existência formal da norma regulamentadora da Constituição é suficiente para sanar a omissão legislativa; e iii) quais são os limites da decisão judicial integradora voltada para conferir efetividade à Constituição. Para o enfrentamento destas questões adota-se como metodologia a abordagem analítica e crítica realizada por meio da revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial em julgados do Supremo Tribunal Federal (STF).

O presente estudo divide-se em três seções, estando a primeira dedicada a exposição do papel do mandado de injunção como instrumento de combate à mora legislativa e salvaguarda dos direitos fundamentais. Também são analisadas nesta seção as hipóteses de cabimento do mandado de injunção, desenvolvida a partir da doutrina e da jurisprudência do STF na construção e aplicação desse instrumento jurídico.

Na segunda seção é realizada uma análise acerca da inovação legislativa trazida pela Lei n.13.300/2016, que passou a disciplinar o processo e o julgamento do mandado de injunção. É abordada nesta seção a previsão de cabimento do mandado de injunção nos casos de falta parcial da norma regulamentadora. A terceira seção, por sua vez, é dedicada ao estudo dos limites da decisão judicial integradora segundo o paradigma do garantismo.

Por fim, como resultado da pesquisa espera-se demonstrar que o mandado de injunção consiste num instrumento indispensável para a efetivação dos direitos fundamentais por meio do qual se constrói para o caso concreto uma ponte normativa provisória capaz de superar a omissão legislativa de forma legítima, apenas quando em consonância com o paradigma garantista. Além disso, espera-se evidenciar que a ausência completa de

parâmetros jurídicos decorrente da omissão legislativa coloca o paradigma garantista num grave dilema entre tolerar que o Poder Judiciário decida questões eminentemente políticas e construa a solução ao caso concreto ou aceitar a falta de efetividade da Constituição decorrente da omissão legislativa.

O MANDADO DE INJUNÇÃO

O mandado de injunção é uma construção da CF e que não encontra previsão semelhante nas Constituições anteriores. Trata-se do produto da preocupação do Constituinte de 1987 com a necessidade de inserir na Constituição uma garantia contra a omissão do poder público, especialmente, a omissão afeta a regulamentação da própria Constituição³ (SARLET; STRECK, 2013, p. 480). É uma preocupação com a efetividade da (nova) Constituição que se apresenta como compromissária, analítica e programática e, portanto, necessita em maior medida de uma regulamentação posterior.

O próprio mandado de injunção permaneceu até pouco tempo carente de regulamentação própria que lhe disciplinasse o processo e o julgamento. Essa regulamentação apenas foi concretizada com a edição da Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Contudo, a ausência de norma regulamentadora específica não impediu que esta garantia constitucional processual fosse utilizada, pois o STF, no julgamento de questão de ordem no Mandado de Injunção n. 107 entende que a norma constitucional que prevê o mandado de injunção é autoaplicável e determina a aplicação analógica da lei do mandado de segurança⁴.

A vigência da Lei n. 13.300/16, que regulamenta o mandado de injunção, coloca fim a omissão do legislador no que se refere a disciplina legal desta ação constitucional voltada para combater a própria omissão legislativa. O objeto deste estudo, no entanto, é delimitado pela análise da inovação legal concernente a previsão de cabimento do mandado de injunção em caso de omissão parcial. Ou seja, mesmo nos casos em que haja a norma regulamentadora e esta seja insuficiente para tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas inerentes a nacionalidade, soberania e cidadania.

³ “A ideia da criação do mandado de injunção surgiu quando, no dia 22 de abril de 1987, o constituinte Gastone Righi, na terceira reunião da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, que reivindicava a criação de um instituto pelo qual o cidadão pudesse exercer um direito social previsto pela nova Constituição, a despeito da ausência de regulamentação” (SARLET; STRECK, 2013, p. 480).

⁴ No Mandado de Injunção nº 107-3 de relatoria do Ministro Moreira Alves que trata de questão de ordem e publicado no DJ de 16/03/1990 consta na Ementa o seguinte: “[...] Assim, fixada a natureza jurídica desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte – que está devidamente definida pelo artigo 102, I, q – auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regule, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de

A natureza jurídica do mandado de injunção e a posição do supremo tribunal federal

A doutrina e a jurisprudência desenvolvidas acerca do mandado de injunção apresentam várias teses sobre a natureza deste instrumento jurídico e que são sintetizadas em três correntes: a da subsidiariedade, a da independência jurisdicional e a da resolutividade. Além disso, destacam a existência de uma posição mista adotada pelo STF, que utiliza de forma conjunta as correntes da resolutividade e da subsidiariedade (ZANETI JR.; MAZZEI, 2015, p. 5).

A corrente da *subsidiariedade* apresenta uma preocupação com a harmonia e a separação dos poderes de tal forma que admite apenas ao Poder Judiciário declarar a mora do órgão responsável pela edição da norma sem resolver o caso concreto (ZANETI JR; MAZZEI, 2015, p. 5). Trata-se de entendimento que permeou as primeiras decisões do STF proferidas em sede de mandado de injunção⁵ e que confere a esta ação os mesmos efeitos da decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, qual seja, a mera declaração da mora do órgão responsável pela regulamentação.^{6 7}

Contudo, conferir ao mandado de injunção os mesmos efeitos da decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade por omissão é ignorar as diferenças existentes entre referidas ações. Destacando essa distinção, afirma Velloso (1989, p. 24) que na ação direta de inconstitucionalidade por omissão a matéria é discutida apenas em abstrato e a consequência jurídica da declaração da inconstitucionalidade já vem delineada

injunção, nos termos do voto do relator”. Ademais, seria um contrassenso um instrumento criado para combater a omissão do legislador não poder ser utilizado pela ausência de lei regulamentadora (SARLET e STRECK, 2013, p. 482).

⁵ A adoção pelo STF da corrente da subsidiariedade pode ser identificada nas decisões proferidas no Mandado de Injunção nº 168 de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence publicada no DJ de 20/04/1990 em que ficou assentado o seguinte na ementa: “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”. No Mandado de Injunção nº 107 de relatoria do Ministro Moreira Alves publicado no DJ de 16/03/1990, o Ministro Carlos Velloso, contudo, diverge da corrente da subsidiariedade e sustenta a tese do caráter substancial do Mandado de Injunção. Para referido Ministro: “mediante o mandado de injunção, o juiz cria, para o caso concreto, a norma viabilizadora do exercício do direito, ou, como ensina Celso Barbi, adota ‘uma medida capaz de proteger o direito reclamado’, solução que se põe de ‘acordo com a função tradicional da sentença, que é resolver o caso concreto levado ao Poder Judiciário, mas limitando a eficácia apenas a esse caso, sem pretender usurpar funções próprias de outros poderes”. O tema é desenvolvido pelo Ministro Carlos Velloso no MI nº 176-6 publicado no DJ de 14/08/1992: “No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável, em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável.”

⁶ Para Barroso (2016, p. 294) a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão consiste num “processo objetivo de guarda do ordenamento constitucional, afetado pela alegada lacuna normativa ou pela existência de um ato normativo reputado insatisfatório ou insuficiente. Não se destina, portanto, à solução de controvérsia entre partes em litígio, operando seus efeitos tão somente no plano normativo”.

⁷ Criticando a adoção da teoria da subsidiariedade Mazzei (2007, p. 148) afirma que “segundo a teoria da subsidiariedade, o mandado de injunção pouco tem de mandado – já que apenas científica – e menos ainda tem de injunção – pois, a declaração que deveria ser injuntiva (concedendo a integração normativa), se limita a certificar o estado de inércia do órgão responsável”.

no §2º do artigo 103 da CF e consiste em dar ciência ao poder competente da sua mora, e no caso de órgão administrativo, é fixado o prazo de 30 dias para adoção de providências.

Já com relação ao mandado de injunção sustenta Velloso (1989, p. 24-25) que sendo reconhecido pelo juiz ou tribunal que o direito concedido pela CF1988 é ineficaz por inexistir norma infraconstitucional deve ele – juiz ou tribunal – tornar esse direito eficaz e exercitável através do mandado de injunção, que é o instrumento adequado para realizar a integração do direito constitucionalmente assegurado à ordem jurídica. Assim, para Velloso a sentença deve criar a regulamentação exigida para suprir as omissões.

O entendimento de que o mandado de injunção é instrumento adequado para fazer a integração do direito diante da omissão normativa corresponde a corrente da *resolutividade* que, segundo Zaneti Jr. e Mazzei (2015, p. 5), concebe o mandado de injunção como garantia de segundo grau capaz de aplicar a norma constitucional pendente de regulamentação por meio da interpretação racional do direito para resolver o caso concreto.

A outra corrente destacada por Zaneti Jr. e Mazzei (2015, p. 5) é a da *independência jurisdicional* que sustenta a tese de que o Poder Judiciário, no bojo do mandado de injunção, quando caracterizada a omissão normativa, pode criar por meio de decisão judicial a norma faltante com efeitos *erga omnes*, sob o argumento de que esta possibilidade decorre da própria norma constitucional que determina a sua regulamentação. Contudo, esse entendimento não encontra guarida nas decisões do STF, que adota uma corrente mista composta pelas correntes da resolutividade e da subsidiariedade.

Este posicionamento misto adotado pelo STF consolida-se no julgamento do Mandado de Injunção n. 708, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que versa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis. No caso, o acórdão⁸ proferido fixou o prazo de 60 (sessenta) dias para o Congresso Nacional legislar sobre a matéria (subsidiariedade) e determinou a aplicação das Leis n. 7.701/88 e n. 7.783/89 no exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (resolutividade).

A Lei n. 13.300/16 positiva o posicionamento misto do STF ao prever que, reconhecida a mora legislativa, a injunção será deferida para, num primeiro momento, determinar prazo razoável para a edição da norma regulamentadora, e num segundo momento, persistindo a mora legislativa, “estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades e das prerrogativas reclamados” (artigo 8º da Lei n. 13.300/16).

Com isso, o entendimento do STF perfilhado nas suas primeiras decisões sobre a natureza jurídica do

⁸ No Mandado de Injunção nº 708 de relatoria do Ministro Gilmar Mendes publicado no DJe de 31/10/2008, consta na Ementa: “[...] 6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados,

mandado de injunção que o equiparava a ação direta de inconstitucionalidade por omissão com a mera declaração da mora legislativa encontra-se superado, tanto pela sua própria jurisprudência, como pela disciplina legal (Lei n. 13.300/16) que confere ao Poder Judiciário o dever de estabelecer as condições para o exercício do direito obstaculizado pela omissão legislativa inconstitucional⁹.

As hipóteses de cabimento do mandado de injunção.

O mandado de injunção será concedido “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” (inciso LXXI do art. 5º da CF). Assim, podem-se extrair do texto constitucional os seguintes pressupostos para o cabimento do mandado de injunção: a) ausência de norma regulamentadora; b) inviabilidade de exercício de um direito constitucionalmente assegurado; e c) nexo de causalidade entre a ausência da norma e a inviabilidade do exercício do direito assegurado na Constituição.

O art. 2º. da Lei n. 13.300/16 inova em relação ao texto constitucional, pois prevê que será concedido a injunção nos casos de falta total ou parcial da norma regulamentadora e define que a regulamentação é parcial “quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente”. Assim, mesmo com a existência formal da lei regulamentadora se ela se mostrar insuficiente para viabilizar o exercício do direito assegurado constitucionalmente, é cabível o mandado de injunção.

O dispositivo constitucional refere-se à ausência de norma regulamentadora de direito constitucional, de garantia constitucional ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Conforme registram Sarlet e Streck (2013, p. 483) essas expressões empregadas pelo Constituinte geraram controvérsias quanto ao seu conteúdo e alcance. Assim, surgiu a discussão para saber se o uso do mandado de injunção é restrito aos direitos e garantias fundamentais, ou se ele é instrumento apto a combater a omissão legislativa de qualquer direito ou

determinar a aplicação das Leis nº 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis”.

⁹ Neste sentido: “Mandado de injunção. Natureza. Conforme disposto no inciso LXXI do art. 5º da CF, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. Mandado de injunção. Decisão. Balizas. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. Aposentadoria. Trabalho em condições especiais. Prejuízo à saúde do servidor. Inexistência de lei complementar. Art. 40, § 4º, da CF. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – art. 57, § 1º, da Lei 8.213/1991”. [MI 721, rel. min. Marco Aurélio, j. 30-8-2007, P, DJ de 30-11-2007] = MI 1.231 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 16-11-2011, P, DJE de 1º-12-2011. Esse entendimento consolidou-se e foi o adotado em diversas outras ações julgadas pelo STF à unanimidade como nos seguintes mandados de injunção: MI 788/DF, MI 795/DF, MI 796/DF, MI 797/DF, MI 808/DF, MI 809/DF, MI 815/DF, MI 825/DF, MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF.

prerrogativa decorrente de uma norma constitucional.

Ao abordar os requisitos viabilizadores do mandado de injunção, Velloso (1989, p. 23) afirma que basta tratar-se de “um direito concedido pela Constituição” e que ele se torne ineficaz “em razão da inexistência de norma regulamentadora”. Sarlet e Streck (2013, p. 483) apontam que o melhor entendimento sobre o tema é o de que “qualquer norma definidora de direito e garantia constitucional” é tutelável pelo mandado de injunção. E afirmam referidos autores que o STF adota o entendimento de que qualquer direito constitucional é tutelado pelo mandado de injunção, desde que esteja abrigado em norma constitucional não autoaplicável.

A questão sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais desenvolveu-se na jurisprudência e doutrina norte-americana com a classificação das normas em *self-executing provisions* e *not self-executing provisions* e que foi divulgada no Brasil com a tradução de normas autoaplicáveis e não autoaplicáveis. Essa distinção surge da constatação de que as constituições fixam normas gerais que devem ser desenvolvidas e aplicadas pelo legislador ordinário (SILVA, 2012, p. 226).

Tal classificação em normas autoaplicáveis e não autoaplicáveis sugere a existência na Constituição de normas ineficazes e destituídas de imperatividade, o que se apresenta inadequado, pois todas as normas da Constituição possuem força imperativa. A problemática é colocada por Silva (2012, p. 227) da seguinte forma: “cada norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde possa, até onde seja suscetível de execução”. Trata-se de determinar esse limite quando forem analisados os efeitos parciais e possíveis de cada norma constitucional, pois não há norma totalmente ineficaz, mas também não há norma completa¹⁰.

A clara definição desses limites é que vai definir o cabimento do mandado de injunção que se volta para combater a omissão legislativa. Veja-se o caso das normas constitucionais de eficácia limitada, que são aquelas que não possuem uma normatividade suficiente para produzir desde logo os seus efeitos essenciais: nesta hipótese, há a necessidade da atuação do legislador ordinário ou outro órgão do Estado¹¹ para garantir sua efetividade. Assim,

¹⁰ Segundo Silva (2012, p. 227), “do mesmo modo que se pode afirmar que não há norma constitucional alguma de todo ineficaz, ‘porque todas são, de modo unívoco, constitucionalmente cogentes em relação a seus destinatários’, como assinala De Simone, também se pode sustentar que nenhuma é, em si, completa, como nota Crisafulli, visto que ‘não se saberia verdadeiramente em que fazer consistir o caráter completo de uma norma. cada norma, em certo sentido, é incompleta, porque geral e abstrata, tanto que necessita do trabalho do interprete para tornar-se concretamente aplicável aos casos singulares da vida social, compreendidos na respectiva categoria’[...]”

¹¹ A classificação das normas constitucionais desenvolvida por Jose Afonso da Silva é formada de três categorias que consistem nas a) normas constitucionais de eficácia plena que “incluem todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque ele criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto”; b) normas constitucionais de eficácia contida que “se constitui de normas que incidem imediatamente, e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias”; c) normas constitucionais de eficácia limitada “são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo,

tais normas ganham relevo no presente estudo porque são elas que dão ensejo ao cabimento dessa ação constitucional.

O MANDADO DE INJUNÇÃO E A FALTA PARCIAL DA NORMA REGULAMENTADORA.

A lei que regulamenta o mandado de injunção (Lei nº 13.300/16) prevê que, além da ausência total da norma regulamentadora, a falta parcial de regulamentação nos casos em que forem insuficientes as normas editadas também enseja o cabimento desta ação constitucional, pois a omissão constitucional persiste se o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania ainda permanecem inviáveis pela insuficiência da norma editada.

Contudo, não é a simples ausência de regulamentação que vai caracterizar a omissão legislativa e o cabimento do mandado de injunção. É necessário que a norma constitucional imponha ao legislador o dever de legislar e não apenas lhe confira uma faculdade de elaborar a lei. Assim, é preciso para o cabimento do mandado de injunção que a norma constitucional preveja o direito reivindicado e consubstancie uma ordem para legislar, e não uma mera faculdade^{12 13}.

A existência meramente formal da norma regulamentadora não é suficiente para afastar a omissão legislativa, pois a norma regulamentadora além da sua existência formal tem que possuir um conteúdo essencial que viabilize o exercício dos direitos assegurados constitucionalmente. Assim, para verificar a existência de omissão parcial tem que haver um direito constitucionalmente assegurado em norma constitucional não autoaplicável que gera para o poder público o dever de legislar.¹⁴ E além disso, mesmo tendo sido editada a norma

não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou outro órgão do Estado” (SILVA, 2012, p. 231).

¹² Em recente decisão do STF abordando a pretensão de impor ao legislador por meio do Mandado de Injunção o dever de regulamentar os direitos do nascituro deixa assentado que “(...) não há norma constitucional que imponha ao legislador o dever de regulamentar os direitos do nascituro. Como se infere do art. 5º, LXXI, da CRFB/88, o mandado de injunção tem lugar quando a falta de norma regulamentadora impedir o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Nesse passo, inexistente a previsão do direito na Constituição Federal, tampouco do dever de regulamentação, não há que se falar em omissão legislativa que possa ser imputada às autoridades impetradas”. [MI 6.591 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 16-6-2016, P, DJE de 30-6-2016]

¹³ Veja também: “O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao poder público”. [MI 5.926 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 10-4-2014, P, DJE de 2-6-2014.]

¹⁴ A contrário senso: “Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitucional já criado, e cujo exercício esteja dependendo de norma regulamentadora”. [MI 444 QO, rel. min. Sydney Sanches, j.

regulamentadora, se ela não é apta a viabilizar o exercício do direito assegurado na Constituição a omissão legislativa persiste¹⁵.

No entanto, no caso de existir a norma regulamentadora o entendimento do STF é pelo não cabimento do mandado de injunção. Se a norma regulamentadora for superveniente à propositura da ação ocorre a perda do objeto do mandado de injunção^{16 17}. Além disso, firmou o STF o entendimento de que o mandado de injunção não é o meio processual adequado para questionar a efetividade da lei regulamentadora. Esse entendimento foi fixado no julgamento do Mandado de Injunção n. 4.831, da relatoria do ministro Teori Zavascki, cujo objeto é a alegada omissão inconstitucional na realização da revisão geral anual prevista no artigo 37, inciso X, da CF¹⁸. Neste caso, não há omissão porque as Leis n. 10.331/2001 e n. 10.697/2003 regulamentam o dispositivo constitucional apontado como omissor. Com isso, adotou-se por maioria de votos o raciocínio de que basta haver formalmente a norma regulamentadora para afastar a omissão legislativa, e por consequência, o cabimento do mandado de injunção.

Divergiram dessa orientação os ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio que entendem persistir a omissão legislativa, pois o artigo 37, inciso X, da CF determina que haverá uma revisão anual da remuneração dos servidores públicos. Com isso, não tendo sido efetivada a revisão da remuneração persiste a mora legislativa e o dispositivo constitucional permanece sem efetividade, tendo em razão disso votado os referidos ministros pela procedência do mandado de injunção para determinar que seja realizada recomposição salarial conforme os

29-9-1994, P, DJ de 4-11-1994.]. Veja também: “É impróprio o uso do mandado de injunção para o exercício de direito decorrente de norma constitucional autoaplicável”. [MI 97 QO, rel. min. Sydney Sanches, j. 1º-2-1990, P, DJ de 23-3-1990.]

¹⁵ Segundo Marinoni (2014, p. 72) a omissão parcial pode ocorrer tanto na perspectiva vertical quanto na horizontal. Uma lei pode regulamentar com maior ou menor intensidade a norma constitucional. Assim, se a lei não é capaz de realizar na intensidade devida a norma constitucional há uma omissão parcial em sentido vertical. Agora se a lei atende apenas parte dos seus destinatários há omissão parcial em sentido horizontal.

¹⁶ “A orientação do STF é pela prejudicialidade do mandado de injunção com a edição da norma regulamentadora então ausente. Excede os limites da via eleita a pretensão de sanar a alegada lacuna normativa do período pretérito à edição da lei regulamentadora”. [MI 1.011 AgR e MI 1.022 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 10-5-2012, P, DJE de 30-5-2012.]

¹⁷ Em decisão prolatada no bojo do mandado de injunção nº1010 o STF nos termos do voto do ministro relator, Gilmar Mendes, excepcionou o entendimento de que a superveniência da norma regulamentadora ocasiona a perda do objeto do mandado de injunção: “Nesse contexto, a proposta que trago ao descortino do Plenário é de aplicação de parâmetros idênticos ao da Lei 12.506/2011 aos casos em exame, salientando que cuidam de impetração de mandado de injunção, anteriormente à edição da referida lei regulamentadora, e cujos julgamentos, muito embora iniciados, foram interrompidos para a apresentação, pelo relator, de proposta de regulamentação conciliatória a integrar a decisão pela procedência dos respectivos mandados de injunção, a qual fora adiantada pelo Plenário desta Corte em 22.6.2011”. [MI 1010, rel. min. Gilmar Mendes, j. 06-2-2013, p., DJ de 02-5-2013]

¹⁸ “EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. REVISÃO GERAL ANUAL. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EXISTÊNCIA DE LEI REGULAMENTADORA. DESCABIMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência do STF, a existência, ainda que superveniente, de norma regulamentadora do direito constitucional pretendido leva à perda do objeto do mandado de injunção. A Lei 10.331/2001 regulamentou o art. 37, X, da Constituição, conferindo-lhe eficácia plena, e está em vigor desde 19 de dezembro de 2001. Posteriormente, a Lei 10.697/2003 também cumpriu o dispositivo constitucional. Ainda, o mandado de injunção não é o meio processual adequado para questionar a efetividade da lei regulamentadora. Fundamentos observados pela decisão agravada”. [MI 4.831 AgR, rel. min. Teori Zavascki, j. 29-5-2013, P, DJE de 28-8-2013]

índices oficiais da inflação¹⁹.

O entendimento lançado pelos ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio e que restou vencido no referido julgado é o adotado pelo legislador ordinário na regulamentação do mandado de injunção, quando prevê o cabimento do mandado de injunção diante da insuficiência da norma regulamentadora para tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

A Lei n. 13.300/16 não disciplina apenas o processo e o julgamento do mandado de injunção, mas explicita uma nova hipótese de cabimento desta ação constitucional que evidencia uma preocupação com a efetividade das normas constitucionais. Ou seja, não basta existir a norma regulamentadora: ela tem que conferir efetividade à norma constitucional de eficácia limitada que se propõe a regulamentar.

As Leis n. 10.331/2001 e n. 10.697/2003 não conferem efetividade a norma constitucional que assegura o direito a revisão geral anual, pois ainda persiste a necessidade de uma atividade legislativa para conferir efetividade ao preceito constitucional. Ou seja, ainda é necessário a edição de uma norma regulamentadora apta a conferir aplicabilidade ao direito à revisão geral anual, pois é preciso definir por intermédio da Lei de Diretrizes Orçamentárias a autorização da revisão geral, sendo exigido, igualmente, um comando legal determinando a aplicação do índice estabelecido.

Assim, conforme a previsão do artigo 2º da Lei n. 13.300/2016, a lei regulamentadora de um direito constitucionalmente assegurado tem que ser apta a conferir aplicabilidade a norma constitucional regulamentada. Assim, o entendimento do STF lançado no mandado de injunção n. 4.831 deve ser revisto pela referida corte, pois contrariamente ao entendimento prevalecente no referido julgado o mandado de injunção é meio processual para questionar a insuficiência da norma regulamentadora em conferir aplicabilidade à norma constitucional regulamentada²⁰.

Com isso, ainda persiste o interesse em obter por meio do mandado de injunção a decisão integradora que viabilize o exercício do direito constitucionalmente assegurado pelas normas constitucionais. O Poder

¹⁹ A conclusão do voto do ministro Dias Toffoli foi nos seguintes termos: “Eu entendo, Senhor Presidente, que há uma omissão, sim, do Poder Público. Por isso, eu vou pedir vênica ao Relator para prover o agravo e, julgando o mandado de injunção, já que estamos no Colegiado – quando eu, monocraticamente, decido, faço questão de esclarecer o Ministro Teori e os colegas, eu decido de acordo com os precedentes do Plenário, mas, estando no Colegiado maior, eu me sinto livre para expressar o meu entendimento -, no caso concreto, peço vênica para dar provimento e julgar procedente o mandado de injunção, determinando que se faça a recomposição salarial de acordo com os índices oficiais de inflação” [MI 4.831 AgR, rel. min. Teori Zavascki, j. 29-5-2013, P, DJE de 28-8-2013]

²⁰ Com relação ao conceito de aplicabilidade das normas constitucionais adotamos no presente estudo o desenvolvido por José Afonso da Silva que afirma que “aplicabilidade significa a qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita de saber se ela produz efetivamente esses efeitos. Isso já seria uma perspectiva sociológica, e diz respeito a sua eficácia social, enquanto nosso tema se situa no campo da ciência jurídica, não da sociologia jurídica” (SILVA, 2012, p. 220).

Judiciário, no exercício da função jurisdicional, tem competência para resolver o caso concreto que lhe foi submetido à apreciação, mas não pode exceder os limites da separação dos poderes e com isso exercer função legislativa que não lhe foi atribuída constitucionalmente.

O MANDADO DE INJUNÇÃO E OS LIMITES DA DECISÃO JUDICIAL INTEGRADORA

O mandado de injunção como instrumento jurídico-constitucional é concebido para dar efetividade às normas constitucionais carentes de uma regulamentação adequada e suficiente. Assim, para combater a omissão legislativa o Poder Judiciário é provocado por meio desta ação constitucional a suprir a falta da norma regulamentadora pela “criação” da norma para o caso concreto. A problemática se coloca então na *definição dos limites da atividade criativa do juiz na construção da norma integradora*.

No mandado de injunção o juiz ou tribunal exerce um juízo de equidade diante da lacuna legislativa decorrente da inércia do órgão competente. Mas ressalta que o juiz não possui o arbítrio de criar regras próprias, pois está adstrito ao ordenamento constitucional, aos princípios gerais de direito e aos “valores jurídicos que permeiam o sentir social, enfim, os valores do justo natural que se aufere no viver social, na índole do povo, no evoluir histórico” (SIQUEIRA JÚNIOR, 2005, p. 2).

Ainda segundo Siqueira Junior (2005, p. 5) “a decisão por equidade consiste na substituição do legislador pelo juiz, na medida em que o magistrado toma contato imediato com a realidade não prevista pelo direito e que não exige uma solução”. Trata-se do exercício da jurisdição de equidade em que “o juiz está liberado para decidir segundo princípios ou regras que elabora no próprio momento da decisão, orientado por razões de ordem moral ou social, não estando limitado a precisa regulamentação legal”²¹.

A equidade encontra-se prevista na ordem jurídica brasileira desde a Constituição Imperial de 1824, que estabeleceu a justiça e a equidade como bases para um futuro código civil e criminal²². A Constituição brasileira de 1934 também traz previsão semelhante autorizando ao juiz decidir por equidade em caso de omissão da lei²³. A

²¹ Entendimento semelhante é sustentado por Garcia (apud Velloso, p. 25, 1989) quando afirma que a sentença no mandado de injunção deve suprir as omissões legislativas e realizar “a justiça do caso concreto, característica da justiça da equidade, mas lhe é superior, porque complementa o que falta a norma legal. Tal decisão, assim, implica julgamento por equidade, ou seja, fora das regras do direito positivo”.

²² Dispõe a Constituição Imperial de 1824: “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

²³ A Constituição de 1934 prevê o seguinte: “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

CF de 1988 não prevê expressamente a equidade, mas ela encontra previsão na legislação infraconstitucional. O Código de Processo Civil traz previsão expressa sobre a equidade, dispondo que somente nos casos previstos em lei o juiz pode dela lançar mão²⁴.

Para Ferraz Junior (2011, p. 213) decidir por equidade é obter “pela consideração harmônica das circunstâncias concretas” como resultado “um ajuste da norma à especificidade da situação a fim de que a solução seja justa”. Para Nalini (2008, p. 40) quando a incidência da lei for intolerável diante dos ditames morais deve-se recorrer à equidade, pois há uma tensão permanente entre equidade e segurança jurídica que permeia a aplicação do direito

Segundo Reale (2002, p.299), os romanos já advertiam que a aplicação estrita do Direito pode provocar consequências que contrariam a ideia de justiça. Para referido autor é necessário nestas situações abrandar o texto legal por meio da aplicação da equidade que é “a justiça amoldada à especificidade de uma situação real”. Grau (2009, p. 35) compreende que essa interação entre texto legal e caso concreto é inerente a interpretação e aplicação da norma jurídica em que os elementos normativos (direito) e os elementos empíricos (realidade) consubstanciam, assim como a interpretação e a aplicação da norma um processo unitário.²⁵

O julgamento por equidade, no entanto, não pode ser arbitrário. Não pode o juiz agir como se legislador fosse criando a norma jurídica a partir unicamente dos seus próprios valores, mas é necessário que a construção judicial da norma integradora que fará a ponte entre a norma constitucional de eficácia limitada e a aplicabilidade do direito, liberdade ou prerrogativa nela consubstanciado seja edificada a luz do ordenamento jurídico-constitucional, e não produto unicamente das convicções pessoais do julgador. Os limites da decisão judicial integradora relacionam-se com a necessidade de que as decisões judiciais sejam moldadas segundo o paradigma garantista para a salvaguarda dos direitos e liberdades constitucionais, especialmente, os relacionados aos direitos fundamentais.

[...] 37) Nenhum Juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade”.

²⁴ A Lei nº 13.105/2015 que estabelece o Código de Processo Civil que está atualmente em vigor prevê o seguinte: “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. O Código de Processo Civil de 1973 continha previsão semelhante: “Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. Já o Código de Processo Civil de 1939 estabelecia o seguinte acerca da equidade: “Art. 114. Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria si fosse legislador”.

²⁵ Para Grau (2009, p. 35) “O interprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação [Gadamer]. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação [Marí]. Interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário [Gadamer], superpondo-se”. E sintetiza o referido autor: “a norma

O garantismo e a salvaguarda dos direitos e liberdades constitucionais

A definição de garantismo como “teoria do Estado democrático-constitucional” deve-se à Luigi Ferrajoli, que na sua apreensão global da teoria do Estado tematiza a evolução do “Estado legislativo de direito” para o “Estado constitucional de direito” que são modelos diversos de organização política, mas que buscam realizar um antigo ideal de “governo das leis” em que “os poderes públicos são regulados e limitados pelo direito em função da tutela dos indivíduos” (IPOLLITO, 2011, p. 39).

A sujeição de todos os poderes ao direito, contudo, apenas é possível num Estado constitucional de direito marcado pela rigidez e superioridade hierárquica das normas constitucionais, bem como pela existência de um sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade. Com isso, há um condicionamento das leis às normas de hierarquia superior (normas constitucionais) em que se estabelece uma legalidade substancial que deve ser observada para além dos aspectos formais da criação do direito substanciais (IPOLLITO, 2011, p. 39).

Para Ferrajoli (2011, p. 96) garantista é a denominação da sua concepção juspositivista²⁶ do constitucionalismo, que é um reforço ao positivismo jurídico porque “positiva não apenas o ‘ser’, mas também o ‘dever ser’ do direito”. Nessa perspectiva, Ferrajoli (2012, p. 23) aponta o nexo entre democracia e positivismo jurídico sustentando que apenas “a rígida disciplina positiva da produção jurídica está em grau de democratizar tanto a sua forma quanto os seus conteúdos”.²⁷

O constitucionalismo garantista possui três significados: como *modelo de direito* caracteriza-se como “um sistema de limites e de vínculos impostos pelas Constituições rígidas a todos os poderes”; como *teoria do direito* caracteriza-se pela “distinção e virtual divergência entre validade e vigência” em que se admite a existência de normas vigentes (porque elaboradas segundo as normas constitucionais procedimentais) porém inválidas (porque em desconformidade com as normas constitucionais substanciais); e como *filosofia* ou *teoria política* consiste numa teoria da democracia substancial e formal sustentada empiricamente no paradigma garantista do direito (FERRAJOLI, 2012).

Para Streck e Saldanha (2013, p. 411) o garantismo é técnica de limitação e disciplina dos poderes

é produzida, pelo interprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser)”.
²⁶ De forma sumária, Luigi Ferrajoli (2012, p. 14) define o positivismo jurídico como sendo uma “concepção e/ou um modelo de direito que reconhece como ‘direito’ qualquer conjunto de normas postas ou produzidas por quem está autorizado a produzi-las, independentemente do seus conteúdos e, portanto, de sua eventual injustiça”.

²⁷ “O primeiro juspositivismo, aquele do Estado Legislativo de Direito, equivale a positivação do “ser” legal do direito, que permite a democratização das suas formas de produção, condicionando-lhe a validade formal ao seu caráter representativo, sobre o qual se funda a dimensão formal da democracia política. O segundo juspositivismo, aquele do Estado Constitucional de Direito, equivale a positivação do “dever ser” constitucional do próprio direito, que permite a democratização dos seus conteúdos, condicionando-lhe

públicos com a expansão dos direitos dos cidadãos e dos deveres do Estado por meio da “maximização das liberdades” e da “minimização dos poderes”. Concebe-se o garantismo como “uma maneira de fazer democracia dentro do Direito e a partir do Direito: como ‘tipo ideal’, o garantismo reforça a responsabilidade ética do operador do Direito” (STRECK; SALDANHA, 2013, p. 413).

Os direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania inseridos no texto constitucional ocupam o ápice da estrutura hierárquica do ordenamento jurídico. A violação ou não observância pelo legislador destes direitos quando é omissa no seu dever constitucional de regulamentar a Constituição para conferir efetividade a tais direitos e liberdades provoca inconstitucionalidades, pois todos os poderes estão submetidos à Constituição num Estado constitucional de direito.

O preenchimento das lacunas e a resolução de antinomias segundo Ferrajoli (2011, p. 102) não pode ser confiado ao “ativismo interpretativo dos juízes”, mas apenas à legislação quanto às lacunas e o “anulamento das normas inválidas”, e à jurisdição constitucional em relação às antinomias. E prossegue afirmando ser ilusório os juízes colmatarem as chamadas “lacunas estruturais” e suprirem a ausência da norma.

No caso, Ferrajoli (2011, p. 102) citando a CF, reputa ser possível apenas que o STF cienteifique o Poder Legislativo e que os juízes e tribunais, no caso concreto, determinem a satisfação ou reparação do direito. O paradigma garantista não cogita a possibilidade de os juízes criarem normas, pois está é atribuição do legislador. Os juízes podem apenas censurar a sua invalidade se violarem a Constituição, pois nestes casos a intervenção judicial não se dá na esfera legítima da política, mas na sua esfera ilegítima (FERRAJOLI, 2011, p. 104).

O paradigma do constitucionalismo rígido proposto por Ferrajoli (2006, p. 97) vincula e limita o Poder Judiciário em consonância com a separação dos poderes em que a independência da função jurisdicional pelo seu caráter cognitivo faz com que suas decisões sejam válidas e justas por estarem fundadas em adequados pressupostos de fato e de direito, e não por sua aceitação por uma maioria política.

Esse entendimento de Luigi Ferrajoli relativamente as lacunas normativas que confia apenas ao legislador o papel de suprir a sua ausência é criticado²⁸ por Cademartori e Strapasson (2012, p. 225). Eles entendem que a atuação judicial por meio do mandado de injunção, que é um instituto jurídico garantidor criado pelo sistema constitucional positivo, objetiva concretizar expectativas normativas fundamentais que, se não instituírem soluções retrocessivas em relação aos direitos humanos, não violam a legitimidade do Estado Constitucional Democrático. E enfatizam que diante da omissão do legislador, o Poder Judiciário tem não apenas

a validade substancial à sua coerência com aqueles direitos de todos, que são os direitos fundamentais, e sobre os quais se funda a dimensão substancial da democracia constitucional” (FERRAJOLI, 2012, p. 23).

²⁸ Cademartori e Strapasson (2012, p. 210) criticam a postura de Luigi Ferrajoli para quem a obrigação do magistrado “é apenas a de constatar a omissão, nunca a de prover direito em substituição ao legislador, já que, para nosso autor, por força da separação dos poderes, a garantia jurisdicional não pode avançar até a usurpação da função legislativa”.

o direito, mas também o dever de suprir a omissão.

Essas críticas foram enfrentadas por Ferrajoli (2012, p. 236), que afirma a compatibilidade do mandado de injunção com o paradigma garantista da democracia constitucional por ele sustentado. Enfatiza que o papel da jurisdição não foi alterado pelo mandado de injunção, já que este instituto jurídico não conferiu aos juízes o poder de legislar, editando normas gerais e abstratas, mas o de constatar e reparar no caso concreto uma violação do direito assegurado constitucionalmente pela aplicação da ordem jurídica existente.

O mandado de injunção como instrumento jurídico-constitucional de combate a omissão inconstitucional do legislador tem o escopo de assegurar, no caso concreto, o exercício de um direito previsto constitucionalmente. Neste sentido, o mandado de injunção apresenta-se como uma expressão do garantismo, pois o seu papel é justamente conferir efetividade a esses direitos por meio da atuação jurisdicional no controle de constitucionalidade através do combate a omissão legislativa que obstaculiza a efetividade da Constituição.

Contudo, é necessário que a atividade jurisdicional exercida por meio do mandado de injunção com o escopo de integrar a ordem jurídica para viabilizar o exercício de um direito assegurado constitucionalmente seja construída, também, como expressão do garantismo e segundo o paradigma do Estado constitucional de direito. Assim, o Poder Judiciário na elaboração da decisão judicial integradora tem que observar o paradigma garantista que possui aversão à ideia de decisões arbitrárias baseadas unicamente no senso de justiça do julgador.

Assim, a previsão legal constante no revogado artigo 114 do Código de Processo Civil de 1939 de que o juiz no julgamento por equidade aplica a norma que estabeleceria se legislador fosse pode induzir a uma compreensão equivocada de que o juiz cria o direito, quando na verdade ele (juiz) deve interpretar o direito existente e aplicá-lo ao caso concreto²⁹. E nessa atividade interpretativa, as normas jurídicas não estão à disposição dos valores e convicções do julgador, pois a aplicação do direito não pode depender da sua subjetividade, ainda que seja nos casos de ausência da norma regulamentadora decorrente da omissão legislativa ensejadora da impetração do mandado de injunção.

E no caso do mandado de injunção que atua na esfera ilegítima da política decorrente da omissão legislativa, os artigos 8º e 9º da Lei n. 13.300/2016 adota a perspectiva garantista do constitucionalismo rígido, quando prevê que o deferimento da injunção em caso de mora legislativa será para “estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados” e limita a eficácia subjetiva da decisão às partes, além de estabelecer que a produção de efeitos da decisão é até o advento da norma regulamentadora.

²⁹ Sobre a questão da interpretação e criação do direito registramos na linha do defendido por Abboud e Lunelli (2015, p. 4) de que também não está sendo defendido a ideia de que existe para a norma jurídica um único e predefinido sentido “já entregue de antemão pelo legislador, cabendo ao intérprete tão somente desvelar ou extrair a vontade da lei”.

Assim, no bojo do mandado de injunção e segundo o paradigma do constitucionalismo rígido o juiz não pode criar a norma como se legislador fosse³⁰. Essa função de criar a norma é conferida ao legislador. O juiz vai estabelecer as condições para o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa a partir do ordenamento jurídico e da realização de uma interpretação sistemática que consiste “na interpretação do sentido de uma norma à luz de todas as outras normas do sistema” (FERRAJOLI, 2011, p. 110).

A realização de uma interpretação sistemática pressupõe a existência prévia de algum parâmetro ou critério normativo que possa ser utilizado pelo Poder Judiciário para a efetivação do direito, liberdade ou prerrogativa assegurados constitucionalmente. Essa foi a sistemática adotada pelo STF nos julgamentos dos Mandados de Injunção que versavam sobre omissão legislativa na regulamentação do direito de greve (Mandado de Injunção n. 708) e da aposentadoria especial (Mandado de Injunção n. 788).

Contudo, essa sistemática não se mostra apta a solucionar a omissão legislativa nos casos em que não haja qualquer parâmetro normativo ou critério jurídico pré-estabelecido como no caso da ausência de regulamentação do aviso prévio proporcional previsto no artigo 7º, inciso XXI da CF. Assim, diante da ausência de parâmetros prévios, deve-se resolver essa questão sem que haja inovação legislativa e invasão do campo de atuação próprio do Poder Legislativo.

O Ministro Carlos Velloso, no Mandado de Injunção n. 369, cujo relator para o acórdão é o Ministro Francisco Rezek (DJ de 26/03/1993) em seu voto que restou vencido propõe a criação pelo STF da norma integradora e faz constar em seu voto o comando normativo para integrar a ordem jurídica³¹. Essa postura é criticada pelo Ministro Gilmar Mendes cerca de 20 anos depois no julgamento do Mandado de Injunção n. 1010 (DJ de 02/05/2013), afirmando não ser possível ao STF estabelecer critérios normativos sem que haja suporte em parâmetros legislativos ou técnicos³².

No caso, a solução conferida por unanimidade pelo STF no Mandado de Injunção n. 1010 foi a da

³⁰ “[...] o paradigma garantista do constitucionalismo rígido exige que o Poder Judiciário seja o mais limitado e vinculado possível pela lei e pela Constituição, conforme o princípio da separação de poderes e a natureza quanto mais legítima mais cognitiva – e não discricionária – da jurisdição. Os juízes, com base neste paradigma, não ponderam normas, mas sim as circunstâncias fáticas que justificam ou não a sua aplicação” (FERRAJOLI, 2012, p. 53)

³¹ O Ministro Carlos Velloso profere a seguinte decisão no bojo do mandado de injunção nº 369: “Assim posta a questão, faço o que, segundo penso, a Constituição quer que eu faça: para o caso concreto elaboro a norma nos seguintes termos: o aviso-prévio será de dez dias por anos de serviço ou fração superior a seis meses, observado o mínimo de trinta dias. Obtida a norma – e é isto o que o impetrante procura obter no mandado de injunção – o impetrante, mediante reclamação trabalhista, procurará a viabilização do exercício do direito que a Constituição lhe conferiu”. [MI 369, rel. para acórdão min. Francisco Rezek, j. 19-8-1992, p. 55-56, DJ de 26-3-1993]

³² Criticando a proposta do Ministro Carlos Velloso no mandado de injunção nº 369 o Ministro Gilmar Mendes faz as seguintes ponderações: “Por que a proporção de dez dias por ano? Por que não um mês a cada dez anos? Ou uma semana a cada seis meses? Cada uma dessas soluções carece de qualquer amparo fático ou técnico. Por isso, entendo que não seria o caso do Tribunal fixar critérios absolutamente desvinculados de quaisquer critérios legislativos ou técnicos, mas é indispensável refletirmos sobre novo

declaração da mora legislativa. Contudo, de forma inusitada o julgamento não foi encerrado neste momento, pois o ministro relator propôs apresentar em momento posterior uma proposta de solução conciliatória a fim de preservar a separação dos poderes e buscar conferir efetividade aos direitos assegurados constitucionalmente que não são exercidos em razão da omissão legislativa.

Contudo, nesse interstício temporal foi editada a Lei n. 12.506/2011, que regulamentou o aviso prévio proporcional, sanando a omissão legislativa. Com isso, a proposta de solução conciliatória que seria apresentada não foi objeto de apreciação, tendo a decisão do STF se limitado a determinar a aplicação de parâmetros idênticos aos da Lei n. 12.506/2011 aos mandados de injunção que se encontravam sobrestado à espera da solução conciliatória.

Assim, o STF, mesmo não tendo avançado nesta discussão acerca da omissão legislativa e da relação entre os Poderes Legislativo e Judiciário, estabelece um ponto importante com relação ao paradigma garantista que é o da impossibilidade de o Poder Judiciário criar a norma jurídica avançando sobre questões e escolhas que são eminentemente políticas.

CONCLUSÃO

O mandado de injunção surge com o propósito de combater a omissão legislativa cuja utilização diante de uma Constituição compromissária e programática como a brasileira é necessária para concretizar direitos, liberdades e prerrogativas assegurados constitucionalmente, mas que não podem ser desde logo exercidos, pois se encontram previstos em normas constitucionais de eficácia limitada e que, portanto, impõe uma atuação do Poder Público na elaboração da norma regulamentadora.

O objetivo do mandado de injunção é conferir efetividade à Constituição fazendo com que os direitos albergados no texto constitucional sejam exercidos, ou melhor, não deixem de ser exercidos porque o Poder Público encontra-se omissivo no seu dever constitucional de regulamentar a Constituição. No entanto, a mera existência formal da norma regulamentadora não é por si só capaz de sanar a omissão legislativa, pois o que se almeja num Estado constitucional de direito é a efetividade da Constituição. Assim, se a norma regulamentadora existente é insuficiente para atingir esse propósito, a omissão legislativa ainda persiste e é passível de ser combatida por meio do mandado de injunção.

A lei regulamentadora do mandado de injunção explicita essa perspectiva ao prever que o cabimento desta ação constitucional nos casos de falta parcial da norma regulamentadora. Assim, não se está criando nova

modelo de diálogo institucional mais efetivo, que estimule o Congresso Nacional a adotar solução adequada para os impasses que frustram a plena eficácia da norma constitucional. [MI 1010, rel. min. Gilmar Mendes, j. 06-2-2013, p., DJ de 02-5-2013]

hipótese de cabimento do mandado de injunção, mas positivando o propósito constitucional do mandado de injunção que é conferir efetividade à Constituição. Contudo, se por um lado a existência formal da norma regulamentadora não é por si só suficiente para afastar a omissão legislativa, por outro não se pode a pretexto de uma suposta insuficiência da norma regulamentadora suplantar as decisões políticas do legislador pelas decisões jurídicas do julgador.

Assim, se um direito constitucionalmente assegurado não é passível de ser exercido por ausência ou insuficiência da norma regulamentadora o mandado de injunção é o instrumento jurídico apto a viabilizar a concretização deste direito por meio do exercício da função jurisdicional. O juiz é incumbido da construção da norma regulamentadora, que seria uma atividade de criação da norma em que o juiz age como se legislador fosse, limitado apenas pelo seu próprio juízo de equidade.

O Estado constitucional de direito cujo propósito é atingir o antigo ideal do governo das leis pela sujeição de todos os poderes ao Direito é incompatível com a ideia de juízo de equidade baseada no senso de justiça do julgador ou nas suas convicções pessoais. O julgador, no exercício do seu múnus constitucional, deve ser conduzido por um senso de justiça que é obtido através da interpretação e aplicação das normas constitucionais num processo unitário de interação entre o sentido do texto normativo e a realidade subjacente.

O mandado de injunção, no entanto, lida com a ausência da norma regulamentadora e o papel do juiz é justamente suprir essa lacuna normativa. Contudo, mesmo nestes casos o juiz não cria a norma como se legislador fosse, porque ele não é legislador e a Constituição não o autoriza a agir assim. Entendimento em sentido contrário tem o efeito negativo de fragilizar a separação dos poderes e o ideal de sujeição de todos os poderes ao Direito.

A efetividade da Constituição por meio do mandado de injunção deve ser estabelecida por meio de decisão judicial elaborada pelo processo de interpretação e aplicação cujos parâmetros normativos para a interpretação devem ser buscados no ordenamento jurídico. Assim, a definição das condições para o exercício de um direito assegurado constitucionalmente deve ser estabelecida pelo juiz por meio de uma interpretação sistemática de parâmetros ou critérios normativos aplicáveis ao caso concreto.

A decisão judicial, portanto, não é construída a partir do senso de justiça do julgador, mas é elaborada por meio de uma interpretação sistemática baseada em parâmetros normativos já existentes no ordenamento jurídico. Trata-se de uma estratégia de efetivação da Constituição sob uma perspectiva garantista de limitação e disciplina dos poderes públicos com a sujeição dos mesmos ao direito, e especialmente, à Constituição.

Entretanto, há situações em que a interpretação sistemática fica inviabilizada diante da ausência de parâmetros ou critérios normativos previamente existentes no ordenamento jurídico como perdurou durante cerca de 20 anos com relação ao aviso prévio proporcional. Nesta situação o paradigma garantista fica em xeque porque estabelecer as condições de exercício do direito constitucionalmente assegurado sem que haja no

ordenamento jurídico parâmetros normativos prévios configura uma atuação arbitrária rejeitada pelo garantismo. Mas, também contraria o paradigma garantista não conferir efetividade à Constituição.

O STF adotou a postura de não estabelecer sem que haja parâmetros prévios as condições de exercício do direito assegurado na Constituição. Trata-se de uma postura que, antes de representar um retrocesso na efetividade das normas constitucionais, significa o reconhecimento dos limites da atividade jurisdicional e de observância da separação dos poderes com a diferenciação entre o campo das decisões políticas que são conferidas ao legislador e das decisões jurídicas que são de competência do julgador, reforçando a perspectiva garantista do instituto.

INJUNCTION WRIT AND GUARANTEEISM: THE INSUFFICIENCY OF THE REGULATORY RULES

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the legal provision for injunction writ in cases where the partial lack of the regulatory norm makes it infeasible to practice constitutional rights and constitutional freedoms, as well as investigate from the paradigm of Guaranteeism the legal limits that the judge has in drawing up the integrative judicial decision. The methodological approach is analytical and critical and it was performed through literature review and jurisprudential research on the Supreme Court trials. As a result of this research, it is hoped to demonstrate that the injunction writ is an instrument of enforcement of fundamental rights, through which a provisional normative “shortcut” capable of overcoming legislative omission is built in the light of sure case and according to the paradigm of Guaranteeism. However, the complete absence of legal parameters resulting from legislative omission places the paradigm of Guaranteeism in a serious dilemma between tolerating that the Judiciary advance on eminently political issues and constructing the solution to the sure case or accepting the lack of effectiveness of the Constitution as a result of legislative omission.

Keywords: Writ of injunction. Guaranteeism. Constitutional State of Law. Legislative omission. Insufficiency of regulatory standard

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 242, abr. 2015, p. 21-47

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart e STAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. *In*: Luigi Ferrajoli... [et al] (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: una discusión sobre derecho y democracia. Trota: Madri, 2006.

_____. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. **Anais do [Recurso eletrônico] IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst**. Trad. André Karam Trindade. Curitiba: ABDConst., 2011. p. 95-113. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/>> Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In*: Luigi Ferrajoli ... [et al] (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

IPOLLITO, Dário. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v. 3 n. 11 p. 34-41. Jan - Jun, 2011. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/issue/view/236>>. Acesso em: 20 out 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. El mandado de injunção como remedio contra la omisión inconstitucional en el derecho brasileño. **Pensamiento Constitucional**. Vol. 19, No. 19 (2014); 53-77. Disponível em: <<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/47535>> Acesso em: 20 out. 2016

MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de injunção. *In* DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ações constitucionais**. 2 ed.

Salvador: Juspodivm, 2007, p.135-196.

NALINI, José Renato. **Filosofia e ética jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang & STRECK, Lênio Luiz. Comentário ao art. 5º, LXXI. In CANOTILHO, JJ Gomes [et al.]. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 479-486.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002

SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. In **Tratado de direito constitucional**. Ives Gandra da Silva Martins et al (org). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 218-288.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Mandado de injunção. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo** | vol. 15/2005 | p. 291 - 310 | Jan - Jun / 2005 Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos | vol. 5 | p. 611 - 634 | Ago / 2011 DTR\2005\790.

STRECK, Lenio Luiz; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Ativismo e garantismo na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.) **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 395-428.

VELLOSO, Carlos Mário. As novas garantias constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 177:14-28, jul/set, 1989. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/>> Acesso em: 20 set 2016.

ZANETI JUNIOR, Hermes & MAZZEI, Rodrigo. O mandado de injunção como instrumento de solução das lacunas legais (“fracas-fortes”) no direito brasileiro. **Revista de Processo**. RePro 234/235 ago/2014. In Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional |vol. 10/2015|p. 1231 - 1270 | ago/2015 DTR\2015\11519.

Trabalho enviado em 10 de novembro de 2018

Aceito em 12 de janeiro de 2019