# I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

**ILTON GARCIA DA COSTA**

**LUCAS GONÇALVES DA SILVA**

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais**
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
**Relações Internacionais para o Continente Americano**
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes**
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa ; Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-039-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

---

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

# I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

---

## Apresentação

O I Evento Virtual do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa que ocorreu nos dias 24, 25, 26 27, 29 e 30 de junho de 2020, cujo tema foi: CONSTITUIÇÃO, CIDADES E CRISE

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum ao mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I, coordenado pelos professores Lucas Gonçalves da Silva e Ilton Garcia Da Costa foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1- A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ÂMBITO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA – IRDR

2 - A DECRETAÇÃO DA PRISÃO DE CONDENADOS APÓS O JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

3 - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL NO ÂMBITO DOS TRIBUTOS

4 - A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA LEITURA A PARTIR DE BOBBIO

5 - A POLÍTICA DA MEMÓRIA NO BRASIL E O PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DA EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

6 - A PROPRIEDADE PRIVADA E SUA FUNÇÃO NA CONSTRUÇÃO DAS GARANTIAS DE LIBERDADE

7- A TECNOLOGIA COMO INSTRUMENTO DEMOCRATIZADOR DO DIREITO À EDUCAÇÃO NOS TEMPOS DA PANDEMIA CAUSADA PELA COVID-19

8 - A TUTELA DO DIREITO DE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RUA, COMO DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE HUMANA

9 - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: VIDA E MORTE EM CASOS DE TETRAPLEGIA

10 - DIREITO À PRIVACIDADE: GESTÃO PREVENTIVA DA EXPOSIÇÃO VOLUNTÁRIA DO SUJEITO NA ERA DA INFORMAÇÃO

11 - DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA COMO EFETIVAÇÃO DO ART. 1º, INCISO III DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

12 - DIREITOS HUMANOS VERSUS DIREITO PENAL DO INIMIGO: É POSSÍVEL NEGAR A DIGNIDADE HUMANA?

13 - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA COM SEGURANÇA E EFICIÊNCIA – UM DIREITO FUNDAMENTAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS?

14 - INTERFACE ENTRE SEGURANÇA PÚBLICA E SEGURANÇA PRIVADA NO BRASIL: CONCORRÊNCIA OU COMPLEMENTARIEDADE.

15 - LEI Nº 13.010/2014 E A INTERVENÇÃO DO ESTADO EM RELAÇÕES FAMILIARES

16 - LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DISCURSO DE ÓDIO: CONTRAPONTO ENTRE A PRIMEIRA EMENDA NORTE-AMERICANA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

17 - MANDADO DE INJUNÇÃO: ALCANCE PRÁTICO DA SUA APLICAÇÃO

18 - NOVOS DIREITOS – O DIREITO DE ACESSO À INTERNET COMO DIREITO FUNDAMENTAL

19 - O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO DE RONALD DWORKIN E A DIGNIDADE HUMANA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

20 - PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: ACESSO À SAÚDE PÚBLICA PARA PESSOAS VULNERÁVEIS

21 - UMA ANÁLISE DOS VOTOS DA ADPF Nº 54 COMO UM REFLEXO DA ATUAÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO STF

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I também proporcionou um entoado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar do grupo de trabalho e da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa - UENP

Nota técnica: O artigo intitulado “Mandado de injunção: alcance prático da sua aplicação” foi indicado pelo Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

# MANDADO DE INJUNÇÃO: ALCANCE PRÁTICO DA SUA APLICAÇÃO

# INJUNCTION EASY: PRACTICAL SCOPE OF ITS APPLICATION

**Vivian de Almeida Gregori Torres**
**Ana Maria Pedreira**
**Manuela Cibim Kallajian**

**Resumo**

A Constituição brasileira padece de consumação, sendo a omissão inconstitucional um dos entraves à sua efetividade. Preocupados em impedir que a Lei Maior, se tornasse letra morta, o legislador constituinte buscou no inovador instrumento denominado mandado de injunção, a solução para afastar tal ameaça. Neste aspecto, será analisada a omissão inconstitucional, conceito e origem do mandado de injunção, sua regulamentação por meio da Lei 13.300 /2016, a sentença no mandado de injunção, o mandado de injunção coletivo e, por final, a diferença entre mandado de injunção e a ADO, a partir, primordialmente da revisão de literatura sobre o assunto.

**Palavras-chave:** Cidadania, Direitos e garantias fundamentais, Omissão legislativa, Mandado de injunção, Remédios constitucionais

**Abstract/Resumen/Résumé**

The Brazilian Constitution suffers from consummation, the unconstitutional omission being one of the obstacles to its effectiveness. Concerned about preventing the Major Law from becoming a dead letter, the constituent legislator sought in the innovative instrument called injunction order, the solution to remove such threat. In this regard, the unconstitutional omission, concept and origin of the injunction order, its regulation through Law 13.300/2016, the sentence in the injunction order, the collective injunction order and, finally, the difference between injunction warrant will be analyzed. and ADO, based primarily on the literature review on the subject.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Citizenship, Fundamental rights and guarantees, Legislative omission, Writ of injunction, Constitutional remedies

## 1. Introdução

Um dos constitucionalistas mais notáveis da contemporaneidade, J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 52) ensina que *"O constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da constituição moderna",* compreendendo-a como a ordenação sistemática e racional da comunidade política plasmada em um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se estabelecem limites e restrições ao poder político, a fim de combater abusos e distorções.

Ao menos aparentemente, pode-se considerar que já não estamos submetidos a poderes absolutos ou divinos, mas a uma ordem republicana e pretensamente democrática segundo a qual o *poder* não há de se impor para além da *razão*. Nesse sentido, a racionalidade deve ser limitadora de todo poder e de seu exercício em um Estado de Direito como aquele que se pretendeu fundar a Constituição de 1988.

A teoria da tripartição ou separação dos poderes se tornou a base de qualquer sociedade que se autodenomine democrática no mundo contemporâneo, pois o poder vai até onde encontra limites e todo aquele que detém o poder tende a abusar dele[1]. Deveras, se o poder vai até onde encontra limites, se o poder é que se impõe, o único que pode deter o poder é o próprio poder. Logo, cumpre fracioná-lo para que suas parcelas se contenham reciprocamente.

Daí concluir-se que aquele que faz as leis, não as executa nem julgue; cumpre que aquele que julga não faça as leis nem as execute; cumpre que aquele que executa, nem faça as leis nem julgue. E assim se afirma a ideia de tripartição do exercício do Poder. Tudo isso produz o chamado sistema de *freios e contrapesos* cujo objetivo é impedir a concentração de poderes, sendo que só determinado poder é capaz de intervir e limitar a atuação de outro.

Por outro viés, o princípio da *intervenção mínima* está lastreado na teoria neoliberal[2]. Contudo, ainda somos submetidos a uma Constituição que se edifica sobre postulados dentre os quais se destaca o da proporcionalidade e a razoabilidade. Ou seja, ao menos enquanto não terminem o trabalho de aniquilamento da Constituição – uma espécie de *solução final*

---

[1] MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de, *Do Espírito das Leis*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

[2] Até a década de 1980 a decadência do Estado desenvolvimentista estava em marcha galopante, tendo sido desencadeada por três fatores (A crise fiscal, déficit público, e o Estado falido), isso abriu caminho para o neoliberalismo no início da década de 90. Fernando Collor de Mello foi o Presidente eleito que vem com uma perspectiva de tirar o país da profunda crise econômica, assim promoveu a abertura da economia à globalização, entretanto o atraso tecnológico atravancava o livre comércio. O desmonte do Estado interventor estava baseado nas ideias neoliberais da escola de Chicago, do economista Prof. Milton Friedman (Prêmio Nobel de Economia), a partir daí veio ganhando proporção cada vez maior nos tempos que se seguiram.

constitucional –, podemos deduzir que ainda estamos sob a ordem de um Estado de Direito que prevê, como garantias fundamentais, diversas barreiras de proteção ao indivíduo face ao arbítrio estatal, que, tratando-se da forma mais drástica de exercício de poder, deve ser reservada às situações mais ameaçadoras.

Para compreender de maneira mais precisa o surgimento e as razões que levaram o legislador constituinte a inserir no ordenamento jurídico esse que é considerado um instrumento inovador de controle e participação da sociedade nos assuntos do Estado (mandado de injunção), é necessário conhecer o contexto político-social daquela época, cujo regime vigente ficou conhecido como período de ditadura militar. Este período sombrio da história brasileira vai de 1964 a 1985. Caracterizou-se pela ausência de democracia, supressão de direitos constitucionais, censura, perseguição política e repressão aos que eram contra o regime militar, esse período ficou popularmente conhecido como os *anos de chumbo*[3].

Os limites impostos pela razão que constitui o Estado de Direito têm sido tragados por diversas formas de exercício de poder, os inúmeros interesses privados se impondo ao interesse público em detrimento de qualquer ideal de racionalidade ou coerência. De acordo com a redação do Art. 5º, inciso LXXI da Constituição Federal, *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*.

Nesses termos do referido artigo 5°, inciso LXXI, determina que o mandado de injunção é cabível sempre que a ausência de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania. Isto é, caberá mandado de injunção quando houver injustificável inércia do Estado na edição de normas regulamentadoras que concedam efetividade às normas constitucionais não autoexecutáveis, também conhecidas por normas constitucionais de eficácia limitada.

A principal preocupação foi sempre a de criar um mecanismo eficiente para coibir a omissão inconstitucional, na busca de "*uma maior efetividade das normas constitucionais que, em regimes passados, pereciam, desvalidas, por inércia do legislador em regulamentar os direitos delas decorrente*". (BARROSO, 2009, p.247).

---

[3] Alguns historiadores usam o termo para se referir ao período da ditadura militar como um todo. Outros estudiosos, porém, empregam a expressão somente para designar os anos que vão da promulgação do AI-5 até o fim do governo Médici (1974). Nesta época, as ações das organizações de esquerda se tornaram mais violentas e a resposta por parte do governo também se tornou mais repressiva, como por exemplo, episódios como a Guerrilha do Araguaia, sequestros de diplomatas, assaltos a banco e a posterior repressão que se seguiu, tornaram a repressão policial cada vez mais pesada no Brasil. Desta maneira, "anos de chumbo" se popularizou entre a historiagrafia que buscava explicar o que se viveu naqueles anos de ditadura.

Feitas estas considerações, o presente trabalho pretende analisar a eficácia do mandado de injunção como instrumento de combate à omissão legislativa que deságua na negativa do exercício de direitos e liberdades, no que tange à regulamentação de normas constitucionais.

Assim, num primeiro momento será analisada a mora legislativa ou omissão inconstitucional, posteriormente o conceito e origem do mandado de injunção, bem como sua regulamentação por meio da Lei 13.300/2016, em seguida a sentença no mandado de injunção, o mandado de injunção coletivo e, por final, a diferença entre mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão - ADO, a partir, primordialmente da revisão de literatura sobre o assunto.

Deste modo, pretende-se demonstrar que não obstante a intenção do legislador constitucional, tenha sido no sentido de combater a ineficácia do exercício de direitos e liberdades, causada por falta de regulamentação de normas constitucionais, em razão da inércia legislativa, ao final, tornou-se ineficaz por si, vez que em sua maioria, as ações de mandado de injunção, restam improcedentes ou extintas sem julgamento do mérito, e quando procedentes, meramente fixam a mora do legislativo sem uma efetiva responsabilização deste pelo não atendimento da determinação judicial ou do eventual prejuízo causado ao cidadão. Constata-se que o constituinte pretendeu combater a ineficácia constitucional, criando uma regra constitucional, que na prática, é ineficaz.

## 2. A mora legislativa ou a omissão inconstitucional.

O nefasto fenômeno que o Supremo Tribunal Federal batizou de *Síndrome da Inefetividade* dos direitos e garantias constitucionais representava para o legislador constituinte a séria ameaça de ver todo o esforço empreendido na criação de uma nova ordem jurídica protetiva em relação aos cidadãos, tornar-se *letra morta*. Não adiantaria empreender imenso esforço para reinaugurar a democracia, contemplando os direitos subjetivos e deixar a cargo do legislador infraconstitucional a incumbência de regulamentar o exercício desses direitos, deixando ao sabor de sua vontade. Havia que se criar mecanismos estimuladores, para não dizer *de pressão* que compelisse o legislador a exercer seu mister quando se mostrasse desidioso.

A instituição do mandado de injunção ocasionou discussões na doutrina sobre o conteúdo, significado e alcance dos julgados, por ausência de precisão do constituinte ao tratá-lo. Apenas com o ajuizamento de várias ações perante o Supremo Tribunal Federal, nas quais foram prolatadas decisões, sendo estas, ao final, que serviram para definição preliminar do instituto.

A omissão pode ser total ou parcial. A omissão total refere-se à completa ausência do dever de legislar, imposto constitucionalmente. Já no que tange omissão parcial a legislação infraconstitucional, apesar de existente, é insuficiente. Na omissão parcial propriamente dita a lei existe, mas regula de forma deficiente o texto constitucional, em certos casos a omissão parcial, relativa à lei existe, outorga determinado benefício a uma certa categoria, todavia, deixa de conceder a outra que deveria ter concedido.

No que se refere à responsabilidade do Estado por omissão legislativa[4], há quem advogue em favor da tese da irresponsabilidade com base nos seguintes fundamentos[5]: em primeiro lugar, pelo fato de que o Poder Legislativo detém soberania na edição de leis. Em segundo lugar, afirma-se que não tem cabimento a indenização porque a lei típica é geral e abstrata, afetando, assim, de maneira equânime e indistinta, todos os membros da Sociedade. Por derradeiro, argumenta-se que não é possível exigir do Estado reparação porque as leis foram elaboradas por parlamentares eleitos pela população. Todas essas justificativas talvez sejam decorrentes do fato de, no Brasil, não haver previsão legal a respeito do tema[6].

João Sento Sé (1976, p. 99) entende que a responsabilidade civil do Estado, desde que presentes os seus pressupostos, não enseja dúvidas quanto aos danos provocados pelos agentes do Poder Executivo. Entretanto, o mesmo não acontece quanto à responsabilidade resultante de prejuízos causados pelos agentes do Legislativo e do Judiciário. É tradicional o princípio da irresponsabilidade do Estado-Legislador. Mas a jurisprudência de alguns países tem admitido a responsabilidade por danos oriundos da lei. Na França, ainda que em hipóteses excepcionais, o Conselho de Estado já a tem acolhido, assim como acontece no Uruguai, que também tem aceitado tal hipótese, inclusive pela Suprema Corte de Justiça.

Tais argumentos não merecem prosperar, porque não se admite defender que, no estágio atual de democracia, o Poder Legislativo seja soberano, pois a soberania é atributo do Estado, que pode ser responsabilizado com fundamento no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal vigente.

Sob outro viés, em ambientes democráticos, há a responsabilização política operada pelos próprios cidadãos a cada pleito eleitoral, por meio da renovação parlamentar. Os eleitos que não cumprem sua função de forma satisfatória, perdem suas posições, é uma forma de controle e responsabilização *a posteriori*, em termos dos efeitos que causam. Tal fato foi verificado nas últimas eleições ocorridas em 2018 no Brasil, quando o índice de renovação na

---

[4] PEDREIRA, Ana Maria. *RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO – Prevenção, Precaução e Controle como meios de evitar a ocorrência do dano. Porto Alegre: Núria Fabris, 2016, pg. 138*.
[5] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.657-658.
[6] LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 439.

Câmara dos Deputados foi de 47,37%, segundo cálculo da Secretaria-Geral da Mesa (SGM), em números proporcionais, é a maior renovação desde a eleição da Assembleia Constituinte, em 1986.[7] No caso do Senado o impacto foi ainda maior, de cada quatro senadores que tentaram a reeleição em 2018, três não conseguiram. Essa estatística marca a eleição mais surpreendente da história recente do Senado Federal. Desde a redemocratização do país, não houve um pleito que trouxesse tantas caras novas para o tapete azul do Senado. No total, das 54 vagas em disputa, 46 foram ocupadas por novos nomes, uma renovação de mais de 85%.[8]

Além disso, é possível que a lei em sentido formal tenha efeitos singulares e concretos, profundamente díspares, onerando, de maneira desproporcional, alguns indivíduos. De toda maneira, é inaceitável alegar que o prejuízo suportado pelo cidadão não seja indenizável, apenas pelo fato de esse mesmo cidadão tenha eleito, ainda que indiretamente, o legislador que elaborou a lei ou deixou de elaborar, causando danos ao indivíduo.

Jean Rivero (1981, p. 339), referindo-se à responsabilidade do Estado por atos do Poder Legislativo, realça que é necessário fazer-se uma distinção entre os danos imputáveis à atividade dos serviços do Parlamento e os danos causados pelas leis e observa que, na França, "O decreto 58-1.100, invertendo as soluções anteriores, estabelece, no seu art. 8º, o princípio de responsabilidade do Estado relativa a danos de qualquer natureza causados pelos serviços das assembleias parlamentares".

A omissão legislativa causa dano indenizável, uma vez que, partindo do pressuposto de que a lei proporciona ao cidadão a fruição de certos direitos ou, ainda, impõe o dever de praticar determinadas condutas, e levando-se em conta que o nascimento dessa mesma lei depende, exclusivamente, do exercício concreto da competência legislativa a cargo do Poder legitimamente constituído, facilmente se deduz que a ausência de lei material seja a causa motivadora da conduta ilícita.

Esse é o entendimento esposado por Maurício Zockun e, segundo ele, compartilhado por Celso Antônio Bandeira de Mello, Almiro do Couto e Silva, Jorge Luis Salomoni, entre tantos outros, conforme se vê:

> "[..] caso o poder constituído seja omisso no seu dever de legislar e, com isso, frustre a legítima expectativa dos membros da sociedade ao gozo de uma situação jurídica prescrita na Constituição, restará configurada a prática de uma *conduta ilícita*." (ZOCKUN, 2010, p. 162)

---

[7] *In:* https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/564034-CAMARA-TEM-243-DEPUTADOS-NOVOS-E-RENOVACAO-DE-47,3.html. Consultado em 01/08/2019.

[8] *In*: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/10/08/eleicoes-senado-tem-a-maior-renovacao-da-sua-historia. Consultado em 01/08/2019.

Uma das hipóteses é a indenização da lesão causada por omissão legislativa, notadamente no que se refere à edição de leis que tenham por objetivo dar operacionalidade às regras contidas na Magna Carta.

O STF já se posicionou no sentido de que a omissão legislativa pode acarretar a responsabilidade patrimonial do Estado, nos casos em que houve fixação de prazo para que o direito garantido constitucionalmente fosse regulamentado pelo Congresso Nacional[9].

> "O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ajuizada pela Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, para reconhecer a mora do Congresso Nacional em elaborar a lei complementar federal a que se refere o § 4º do art. 18 da CF, na redação dada pela EC 15/1996 ("A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei"), e, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 meses para que este adote todas as providências legislativas ao cumprimento da referida norma constitucional. (ADI 3682/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, 9.5.2007)"[10].

E, ainda,

> DIREITO DE GREVE.
> "O Tribunal julgou três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores da Polícia Civil no Estado do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, em que se pretendia fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF ("Art. 37. [...] VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;"). O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. (MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, 25.10.2007)"[11].

Importante observar que a omissão legislativa se materializa com a manifestação do Poder Judiciário, por meio de ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou mandado de injunção, cuja decisão estabeleça o prazo fixando a mora legislativa, escoando o referido prazo, e não havendo qualquer manifestação do Poder Legislativo, fica caracterizado o dano ilícito.

---

[9] STF, Informativo **nº 666, Tít.:** Magistratura: lei estadual e competência legislativa – 3, **PROCESSO -** ADI - 4393. Disponível em: < www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 nov. 2018.
[10] Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 set. 2018.
[11] Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 set. 2018.

**3. Conceito e origem do mandado de injunção.**

No Brasil, como já dissemos, o mandado de injunção é um instituto inovador inserido na ordem jurídica a partir da Constituição de 1988. Parte significativa da doutrina defendeu que o mandado de injunção teria surgido por influência de diversos ordenamentos jurídicos, como o norte-americano, o inglês, o português e ainda o alemão, sendo que outros vislumbraram, desde o início, ser o mesmo uma originalidade brasileira[12].

Havia imensa preocupação com a efetivação e a realização dos mandamentos constitucionais. Isso se deveu ao sensível momento político e social experimentado pelo país naquele momento. O temor do não acatamento e a euforia pela possibilidade do surgimento de uma nova ordem que se estabeleceria, alimentava no legislador constituinte a prudência fazendo com que este pensasse em medidas de precaução que afastasse o risco de aniquilamento dessa nova ordem.

A Constituição brasileira de 1988 consagrou o mandado de injunção com o desígnio de viabilizar o exercício dos preceitos constitucionais, causados pela "inércia do legislador em regulamentar os direitos deles decorrentes" (BARROSO, 2009, p. 253). Do manifesto "descrédito da Constituição", determinado pela omissão do constituinte, nasce o *mandamus,* consagrado como instrumento processual capaz de sanar a inércia legislativa.

Entre os autores que defendem ter sido o *writ of injunction* do direito anglo-americano principal fonte do mandado de injunção estão: Regina Quaresma (1995), José Afonso da Silva (1998), entre outros. Há também aqueles que reconhecem no mandado de injunção uma derivação da ação de inconstitucionalidade por omissão portuguesa, entre eles estão: J.J. Calmon de Passos (1989). Outros, como o Ministro Carlos Velloso (1997), preferem reconhecer tanto no direito anglo-americano, quanto no português e alemão, as origens do mandado de injunção.

Há, ainda, juristas que consideram que não há semelhança no mandado de injunção com nenhum outro instituto do direito estrangeiro, como é o caso de Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (1999), Willis Santiago Guerra Filho (2001), o Ministro Luís Roberto Barroso (2002), Ronaldo Poletti (2000). Por outro lado, encontram-se aqueles que, apesar de considerarem o mandado de injunção um instituto novo, reconhecem a inspiração no direito estrangeiro, como Alexandre de Moraes (2000) e Paulo Bonavides (2002).

---

[12] MACIEL, Marcela Albuquerque. *O Mandado de Injunção: Origens e trajetória constituinte*. In http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8760. Acesso em 30 out 2018.

No direito inglês a *injuction* surgiu como instrumento da *equity* (sistema criado para abranger os casos não protegidos pela lei ou pelo sistema da *common law*, e aplicado pela *Court of Chancery*), representado numa *prohibitory* ou *mandatory injuction*, quando se pretende proibir alguém de fazer algo ou determinar alguém a fazer determinada coisa, respectivamente.

A *injuction* inglesa é, dessa forma, um instrumento que tem por fundamento um juízo de eqüidade visando formular a regra jurídica para um caso concreto não abrangido pela *common law* ou pela lei, hipóteses em que há um "*vácuo legislativo*" completo, conforme esclarece Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (1999, p. 32), e não para os casos em que a falta é apenas de norma regulamentadora.

O *writ of injuction* no direito norte-americano tem sido utilizado para as mais diversas finalidades, principalmente para a proteção dos direitos constitucionais dos cidadãos, visando proibir a prática de ato que viole tais direitos, existindo ainda o *writ of mandamus* que é utilizado quando se quer compelir autoridades do poder público a cumprir um preceito constitucional[13]. Apesar das diferenças entre a *injuction* anglo-americana e o mandado de injunção brasileiro, como, por exemplo, a diversidade de aplicações e a ausência total de norma, percebe-se que ambos os instrumentos buscam dar efetividade a direitos fundamentais consagrados.

Há muitas controvérsias acerca da origem do instituto, pois trata-se de ponto bastante nevrálgico entre os doutrinadores, o que levou a um estado de dúvida e incerteza. Durante a elaboração do texto constitucional não houve grandes debates sobre a similaridade do instituto com outros existentes no direito estrangeiro, a polêmica centrou-se na "disputa política travada entre os constituintes a respeito dos efeitos e da aplicabilidade do mandado de injunção".[14] A grande preocupação do legislador constituinte era criar um mecanismo que garantisse a efetividade da Constituição, já que o país permaneceu por mais de duas décadas mergulhado em um Estado de exceção.

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio e Alexandre Araújo Costa, ao analisarem os debates ocorridos na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, concluíram que:

> "De fato, a relevância do mandado de injunção para os próprios constituintes relacionava-se à sua vinculação, observada desde as formulações originárias propostas para o instituto, com o dever estatal de concretizar os direitos sociais formalmente assegurados pela Constituição aos jurisdicionados em

[13] QUARESMA, Regina. O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

[14] FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo; COSTA, Alexandre Araújo. *O mandado de injunção na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. In:* Revista Estudos Institucionais, Vol. 2, 2, 2016, página 862.

> geral. A expectativa dos defensores da criação do mandado de injunção era a de que referido instituto fosse capaz de contribuir para a ocorrência de efetiva reestruturação da sociedade brasileira por meio da Constituição de 1988. A análise dos discursos legislativos envolvidos no processo de aprovação desse texto indica que o mandado de injunção foi instituído pela Constituinte para assegurar a aplicação das normas constitucionais dependentes de regulamentação de maneira imediata, ou seja, independentemente da intermediação do legislador, tendo sido rejeitada proposta tendente a transformá-lo em instrumento processual de eficácia meramente declaratória.
> Por fim, nota-se que a disputa travada a respeito do mandado de injunção não findou com o encerramento dos trabalhos da Constituinte. Embora se cuide de tema que demanda trabalho posterior, a leitura do teor da Lei 13.300/16 revela que esse ato legislativo, além de consolidar entendimentos adotados pela jurisprudência do STF, torna explícitas algumas das características atribuídas ao mandado de injunção pela Assembleia Constituinte, tais como: a vinculação entre o instituto em exame e o mandado de segurança; o especial objetivo de viabilizar o exercício dos direitos sociais, o qual é reforçado pela possibilidade de impetração de mandado de injunção coletivo pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública e pelos partidos políticos; e a autorização conferida ao Poder Judiciário para fixar prazo para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora, bem como para estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados, caso não seja suprida a omissão no prazo estipulado." (FULGÊNCIO; COSTA, 2016, p. 863).

## 4. O advento da Lei 13.300, de 23 de junho de 2016.

Após quase 28 anos da promulgação da Constituição Federal vigente, o legislador ordinário dignou-se a elaborar a Lei nº 13.300/2016, que veio para disciplinar o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo, regulamentando o artigo 5º, inciso LXXI, que trata deste tema em âmbito constitucional.

Nessa linha de raciocínio, vale lembrar a teoria clássica das lições de José Afonso da Silva (2018), com relação à aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, estudadas no âmbito da teoria geral constitucional e adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo o referido doutrinador, as normas constitucionais são classificadas em três categorias[15], a saber:

**a) normas de aplicabilidade imediata ou eficácia plena:** São aquelas que não dependem ou necessitam de regulamentação infraconstitucional, visto que desde o momento da promulgação da Constituição, já estão aptas a produzir efeito. Ou seja, a norma que por si só produz a plenitude de seus efeitos. Ex.: art. 18, da Constituição Federal de 1988.

**b) normas de aplicabilidade imediata e eficácia contida ou restringível:** esta categoria de norma é muito parecida com as normas de eficácia plena, porque também produz

[15] Apesar de haver divergência doutrinária com relação a classificação de tais normas, o STF adota a classificação elaborada por José Afonso da Silva,

efeitos imediatamente, no entanto ela admite que a lei infraconstitucional restrinja seu conteúdo. São normas em que o legislador constituinte possibilitou ao legislador infraconstitucional restringir efeitos. Assim, com a promulgação da Constituição, elas surtem efeitos em sua plenitude, mas uma lei infraconstitucional pode restringi-los. Ex; art. 5º, XIII da Constituição Federal de 1988.

**c) normas de aplicabilidade imediata e eficácia limitada: e**stas normas necessitam de regulamentação infraconstitucional para que surtam efeito de maneira plena. Para análise do mandado de injunção esta é a categoria que fundamenta o objeto do referido *mandamus*. Subdividem-se em:

**i) normas de eficácia limitada de princípios institutivos:** traçam parâmetros para que o legislador infraconstitucional estabeleça a estrutura de órgãos, entidades ou institutos. Ex: art. 33, da Constituição Federal de 1988.

**ii) normas de eficácia limitada de princípios programáticos:** são aquelas em que o legislador constitucional traçou princípios e objetivos a serem alcançados com o objetivo de realizar os fins sociais do Estado. Ex: art. 3º, da Constituição Federal de 1988.

Observe-se que a lei 13.300/16 contemplou parte significativa do que a doutrina e a jurisprudência firmaram ao longo de todo esse período de omissão legislativa. Além disso, trouxe alguns aspectos inovadores também como, por exemplo, a figura expressa do mandado de injunção coletivo, previsto no artigo 12 e da revisão injuncional, estabelecido no artigo 10.

Ainda dentre os aspectos abordados pela lei, destaca-se a disposição a respeito da norma regulamentadora superveniente, consoante o artigo 11, que assim dispõe:

> Art. 11. A norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos ex nunc em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.
> Parágrafo único. Estará prejudicada a impetração se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito.

## 5. Da sentença no mandado de injunção

A Lei do mandado de injunção afirma que se a mora legislativa for constatada, ou seja, se ficar comprovado que há desídia do legislador em regulamentar um direito cristalizado e previsto na Constituição, o Judiciário poderá: determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que o interessado poderá promover ação própria visando exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Em virtude do princípio da separação dos poderes, o poder judiciário não pode legislar ativamente. Dessa forma, prevaleceu por muito tempo o entendimento de que caso um mandado de injunção fosse julgado procedente, a providência seria simplesmente informar o órgão responsável pela solução de sua inércia em legislar. Essa ideia vem sendo modificada pela Suprema Corte sob a alegação de combater a *síndrome da inefetividade* das normas constitucionais que possuem eficácia limitada. O Supremo Tribunal Federal tem convertido o mandado de injunção em um remédio que visa concretizar direitos fundamentais. Fundamento do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal: aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais.

A eficácia da decisão, em regra, é limitada às partes do processo, o que quer dizer que ela só vai valer para quem entrou com o mandado. No entanto, se a natureza do direito a ser regulamentado exigir, pode ser concedido os efeitos a outras pessoas, bem como, após o fim de todos os recursos, a decisão poderá ser aplicada imediatamente a outros mandados de injunção em curso.

Neste ponto cabe analisar-se a sentença do mandado de injunção no que diz respeito à principal preocupação, que foi o de criar um mecanismo eficiente para coibir a omissão inconstitucional, para tanto, investigou-se, quantitativamente seu resultado, com vistas a constatar se esse, de fato, produziu efeitos positivos.

O parâmetro adotado foi o Tribunal de Justiça de São Paulo, sendo que em pesquisa realizada no site do Tribunal[16], encontrou-se um total de 516 acórdãos, no período compreendido entre o ano de 2011 a julho 2019. Deste total, investigou-se a amostragem correspondente aos dois últimos anos (julho/2017 a julho/2019).

A análise demonstrou os seguintes resultados:

| Ano | Nº Processos | Procedentes | Improcedentes | Extinto sem Julgamento do Mérito |
|---|---|---|---|---|
| 2019 | 6 | 2 | 0 | 4 |
| 2018 | 62 | 2 | 22 | 38 |
| 2017 | 20 | 0 | 3 | 17 |

O estudo mostrou que em três anos foram proferidas 88 decisões, onde, 25 foram improcedentes, 59 extinções sem julgamento do mérito e, apenas, 4 foram procedentes. Ao se debruçar nestas decisões procedentes, o Tribunal determinou em 3 casos a aplicação, por analogia, de uma legislação infraconstitucional já existente, sendo que em apenas 1 processo a

[16] Consulta realizada no link: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do. Palavra-Chave: Mandado de Injunção. Em 29 de julho de 2019.

Corte determinou o desencadeamento do processo legislativo, dando à municipalidade o prazo de 30 dias para tanto.[17]

Diante do exame apresentado, constata-se que o mandado de injunção não consegue cumprir o fim a que se destina, seu manejo não tem obstado a omissão legislativa. Para além disso, a quantidade de improcedências (25) ou extinções sem julgamento do mérito (59), parece indicar que o judiciário se esquiva de compelir o legislativo a cumprir sua função. E, sob este aspecto, não se poderia considerar uma invasão de um poder em outro, vez que foi o legislador constituinte, na ânsia de impedir a omissão e proteger direitos e liberdades, é que atribuiu ao judiciário a missão de determinar ao legislativo o cumprimento de sua obrigação.

Acrescenta-se a isso a verificação de que, majoritariamente, os mandados de injunção versam sobre aposentadoria especial, reajuste salarial e adicional de insalubridade, o que denota uma inércia, para não dizer *má vontade*, quanto aos direitos trabalhistas, que impactam diretamente no orçamento do ente estatal. A questão ao final é política/orçamentária, sendo que o judiciário, ao não dar efetividade fática ao mandado de injunção, aparenta não pretender ingerir-se em tais questões, contudo com tal posição os Tribunais deixam de cumprir sua função e passam, de forma indireta, à colaborar com a omissão legislativa e com o desrespeito à direitos.

Walter Claudius Rothenburg,(2010, p. 78) afirma que "O mandado de injunção presta-se a remover obstáculos e viabilizar a realização do direito constitucional reivindicado em concreto, a despeito da falta de regulamentação (...)", contudo o que se defronta é com a ineficácia da medida, vez que raramente o judiciário coíbe a omissão legislativa e quando o faz não aplica uma pena para a mora no cumprimento da determinação judicial.

Dá-se como exemplo, com base na amostragem analisada, o único acórdão que buscou tolher a omissão legislativa, onde o Tribunal assim decide:

> "A procedência parcial da demanda é, pois, medida que se impõe, nos limites, fique claro, do comando <u>injuncional</u>, já que a pretensão indenizatória, na hipótese de descumprimento do prazo assinalado para normatização, refoge, em absoluto, a esse âmbito.
> Posto isso, reconheço estado de mora Executivo Municipal e concedo parcialmente a injunção, nos termos dos pedidos "a" e "b" de fls. 13, para determinar à Prefeitura que, no prazo de 30 dias, encaminhe projeto de lei (desencadeando o processo legislativo) que vise a dar cumprimento ao comando constitucional que vise promover a revisão anual dos vencimentos de todos os servidores públicos municipais." [18]

[17] Acórdãos analisados do Tribunal de Justiça de São Paulo proferidos nos processos: 2256283-69.2016.8.26.0000; 0007636-90.2018.8.26.0000; 2248950-95.2018.8.26.0000; 2176759-86.2017.8.26.0000.
[18] Tribunal de Justiça de São Paulo, Processo nº 2176759-86.2017.8.26.000.

Muito embora, o legislador constituinte tenha se preocupado em criar um mecanismo que coibisse a omissão legislativa, de modo a garantir a efetividade das normas constitucionais, este ao final mostrou-se inócuo, vez que ao final o mando de injunção, na prática, fixa tão somente a mora legislativa, mas não a impede ou corrige.

## 6. Mandado de injunção coletivo

O mandado de injunção coletivo já era admitido pelo Supremo Tribunal Federal, que firmou jurisprudência no sentido de admitir sua utilização pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição.

Essa modalidade constitucional já era admitida e manejada na prática, sua utilização de forma analógica das regras aplicáveis ao mandado de segurança coletivo, em virtude a ausência de lei específica. Assim, o Supremo Tribunal Federal reiteradamente aplicou de forma subsidiária a norma que regulamenta o mandado de segurança, a Lei nº 12.016/2009. Nessa toada, a Lei 13.300 de 2016, em seu artigo 12, cristalizou de forma expressa nas suas disposições a possibilidade da impetração de Mandado de Injunção na modalidade coletiva.

No que diz respeito à legitimidade, vale destacar que no pólo passivo figura invariavelmente os entes estatais. De outro lado, no pólo ativo poderá figurar qualquer pessoa na ocorrência da falta de norma regulamentadora que inviabilize o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e a cidadania. Importante destacar que a Lei 13.300 ampliou o rol de legitimados, mantendo os mesmos legitimados para impetrar mandado de segurança coletivo e acrescentou outros, ampliando esse rol.

Assim, qualquer pessoa pode impetrar mandado de injunção, quando for comprovada a falta da norma regulamentadora que impeça o exercício de direitos e liberdades constitucionais. O Supremo Tribunal Federal admite a propositura do mandado de injunção coletivo, nos casos em que os legitimados para propô-la seriam os mesmos do mandado de segurança coletivo.

Assim, os legitimados para propositura do mandado de injunção coletivo, aplicando-se por analogia o disposto no mandado de segurança coletivo, são os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, organizações sindicais, entidades de classe e associações legalmente constituídas, e em pleno funcionamento há, pelo menos, um ano.

**7. Diferença entre Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO.**

Aspecto interessante a se destacar é a justificada confusão que por vezes se faz na utilização do mandado de injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão-ADO, em virtude da similaridade do objetivo vislumbrado, que é sanear a inércia ou omissão legislativa, combatendo a falta de norma regulamentadora que possibilite o exercício de um direito constitucionalmente assegurado. Em verdade, as referidas ações são instrumentos processuais distintos, conforme os seguintes apontamentos.

A ação direita de inconstitucionalidade por omissão encontra-se entre as permissivas constitucionais de controle concentrado, por outro lado, no mandado de injunção, o controle é difuso, pela via de exceção ou defesa, sendo diferentes os legitimados e os efeitos da decisão.

A ADIn por omissão, realizada pelo exercício do controle de constitucionalidade concentrado a ser proposto perante o Supremo Tribunal Federal, é mais ampla que o mandado de injunção, pois enquanto o mandado de injunção busca à concretização de um direito constitucional decorrente da ausência de norma regulamentadora, onde os efeitos são *inter partes*; a ADO questiona a elaboração da norma, cujo efeito é *erga omnes*.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADO não poderá legislar, em obediência ao princípio da separação dos poderes, entretanto, sua decisão tem caráter mandamental, constituindo em mora o poder competente ou atribuindo prazo de 30 (trinta) dias ao órgão administrativo para elaborar a lei, sob pena de responsabilidade. Como regra geral, a decretação da omissão atingirá a todos, de forma retroativa.

Os legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade por omissão estão arrolados nos incisos I a IX do artigo 103 da Constituição Federal, conforme regulamentado no artigo 12-A da Lei 9.868/1999, enquanto que toda e qualquer pessoa física ou, até mesmo, ente coletivo – conforme entendimento já consolidado no STF - pode impetrar mandado de injunção.

> "(...) Segundo dispõe o artigo 2º da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade e entre estes, consoante o artigo 103 da Constituição Federal, não estão incluídos os cidadãos."[19].

E, ainda

> "Por maioria de votos, o Tribunal reconheceu a legitimidade ativa de entidades sindicais para a propositura de mandado de injunção coletivo,

[19] Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. *ADPF 226 AgR/RS.* Agravante: C M P S. Agravado: Juiz de Direito da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 09/06/2011. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 29/10/2018.

> quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos constitucionais de seus membros. Vencido o Min. Marco Aurélio, relator, que não admitia o mandado de injunção coletivo do impetrante, Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Pombos-PE, por entender que a referida ação trata de direitos individuais (...).[20]"

A competência originária para julgar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é do Supremo Tribunal Federal, nos moldes da alínea "a", inciso I, artigo 102, Constituição Federal. Já, tanto o juízo federal quanto o juízo estadual é competente para julgar o mandado de injunção. Abaixo, a posição do STF:

> "Em conclusão, o Plenário, por maioria, julgou procedentes pedidos formulados em reclamações em que alegada usurpação, por juiz federal de 1º instância, de competência originária do STF para o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, a). No caso, o magistrado deferira liminar em ação civil pública na qual o Ministério Público Federal pleiteava: a) nulidade do enquadramento dos outrora ocupantes do extinto cargo de censor federal nos cargos de perito criminal e de delegado federal de que trata a Lei 9.688/98, levado a efeito mediante portarias do Ministro de Estado da Justiça; e b) declaração incidenter tantum de inconstitucionalidade da Lei 9.688/98 — v. Informativo 261. Destacou-se que a declaração de inconstitucionalidade postulada nos autos da ação civil pública não se traduziria em mero efeito incidental, porém, constituir-se-ia no pedido principal deduzido pelo autor da demanda, cujo objeto final seria a pura e simples declaração de inconstitucionalidade da lei. Asseverou-se, com isso, estar demonstrada a usurpação da competência desta Corte. O Min. Luiz Fux salientou haver utilização da ação civil pública para fazer as vezes de ação direta de inconstitucionalidade. Vencido o Min. Carlos Velloso, relator, que reputava improcedentes os pleitos ao fundamento de que a pretendida declaração de inconstitucionalidade seria mera questão incidental. Rcl 1503/DF, rel. orig. Min. Carlos Velloso, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, 17.11.2011. (Rcl-1503).[21]"

Por outro viés:

> "Mandado de injunção: omissão normativa imputada a autarquia federal (Banco Central do Brasil): competência originária do Juiz Federal e não do Supremo Tribunal, nem do Superior Tribunal de Justiça: inteligência da ressalva final do art. 105, I, h, da Constituição".[22]

J.J. Gomes Canotilho, ao analisar os aspectos do mandado de injunção e da inconstitucionalidade por omissão no direito brasileiro, observou o seguinte:

> "[...] resta perguntar como o mandado de injunção ou a ação constitucional de defesa perante omissões normativas é um passo significativo no contexto da jurisdição constitucional das liberdades. Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vazar em moldes normativos regras atuativas de direitos e

---

[20] Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 99.* Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 29/10/2018.

[21] Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 648.* Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 01/11/2018.

[22] Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. *MI 571 QO/SP.* Impetrante: F R M. Impetrado: Delegado do Banco Central do Brasil em São Paulo. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 08/10/1998. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 01/11/2018.

> liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o `rochedo de bronze' da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará os seus objetivos". (CANOTILHO, 1993, p. 367).

Não há dúvida de que o mandado de injunção não é subsidiário à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. A finalidade daquele não é a expedição de norma constitucional, como a desta, mas viabilizar o exercício de um direito constitucional, mediante sua aplicação, pressupondo, portanto, a existência de uma "lacuna normativa".

O jurista Calmon de Passos (1989, p. 134) sustentou que o mandado de injunção seria uma espécie da ação de inconstitucionalidade por omissão subsidiária. Ou seja, o *mandamus* "*pressupõe uma inconstitucionalidade por omissão*", enquanto a ADI omissiva "*revela apenas o inadimplemento do ente público*" obrigado pela elaboração da norma reguladora do dispositivo constitucional. Para o autor, a regulamentação do preceito constitucional pressupõe ação direta de inconstitucionalidade. Já, no caso do *mandamus*, por se tratar de direito subjetivo constitucional, sua regulamentação deve ser postulada ao Poder Judiciário, visando à "*edição da norma que possibilite o exercício do direito no caso concreto*".

Ainda nos dizeres de Calmon de Passos (1989, p. 134), *o mandado de injunção pressupõe uma lide em que o direito constitucional já foi certificado, mas falta, para sua satisfação, a edição de norma constitucional*.

Para Lenio Luiz Streck (1991, p. 51/52), ao comentar a posição de Calmon de Passos, refere que tal entendimento esvazia o objeto do mandado de injunção. Isso, porque tornaria o conhecimento do *mandamus* dependente de uma declaração de inconstitucionalidade por omissão anterior. Seguindo afirmando *que nenhum direito constitucional pode ser excluído da tutela do mandado de injunção, desde que previsto no bojo da Carta, cujo exercício seja obstaculizado pela falta de norma regulamentadora*.

## 8. Conclusão

A Constituição Federal de 1988, portanto, consagrou o mandado de injunção com o claro objetivo de tornar viável o exercício de um direito constitucional. Qualquer direito constitucional - seja coletivo, individual, social, econômico, político, indígena - pode ser tutelado por meio desse instrumento processual. Não há dúvida, portanto, que o *mandamus*

assegura o exercício de todos os direitos constitucionais, de forma abrangente e não restritiva ou intermediária.

Isso significa que nenhum direito constitucional pode ser excluído da tutela do mandado de injunção, desde que previsto no bojo da Carta, cujo exercício seja obstaculizado pela falta de norma regulamentadora.

É evidente que quaisquer dos direitos constitucionais podem ser objeto de mandado de injunção, independente da natureza. Em verdade, os direitos que compreendem a tutela do *mandamus* são todos os direitos constitucionais, que nada mais são que direito individual, direito coletivo, direito social, direito à saúde, direito à moradia, dentre outros incorporados na Magna Carta, sendo esta a vontade e pretensão do legislador constituinte ao introduzir o mandado de injunção na ordem maior.

O mandado de injunção, em tempos de constituinte, foi considerado um dos mais importantes avanços da Constituição, a conquista foi retratada com enlevo no discurso proferido por Ulisses Guimarães por ocasião da promulgação da Constituição de 1988, sendo este um dos poucos institutos especificamente citados pelo Presidente da Assembleia, que o considerou como um instrumento de exercício da cidadania.

A euforia que envolveu o *mandamus*, logo transmutou-se em frustação diante da ineficácia prática do instrumento judicial. Primeiro porque a sua regulamentação veio a lume somente 28 anos após a sua criação, com a Lei 13.300/2016, gerando incertezas e discussões quanto ao tratamento do instituto pelo judiciário, que inicialmente optou por suspender os processos até que o mesmo fosse regulamentado. Com o transcurso do tempo se alongando e sem uma regulamentação própria para dar andamento aos processos, o STF passou a utilizar de forma analógica as regras aplicáveis ao mandado de segurança, que em certa medida mantinha o clima de incerteza e gerava acalorados debates na Corte. Segundo porque o instrumento foi concebido, originalmente, pelo constituinte, como um mecanismo de proteção, principalmente, dos direitos sociais e o que se assiste, quantitativamente, é uma enxurrada de ações de servidores públicos buscando aposentadoria especial, reajuste salarial e adicional de insalubridade, tendo por resultado, majoritariamente, a improcedência da ordem ou sua extinção sem julgamento do mérito.

Além disso, os poucos *mandamus* que alcançam a procedência, resultam em mera fixação da mora legislativa, vez que a determinação é no sentido de desencadeamento do processo legislativo, sem contemplar na decisão, a responsabilização pelo não cumprimento da ordem.

Muito embora, o legislador constituinte tenha visado criar um mecanismo que coibisse a omissão legislativa, de modo a garantir a efetividade das normas constitucionais, especialmente as de cunho social, o objetivo não foi alcançado, na prática o mandado de injunção tem se demonstrado inócuo, vez que o *mandamus* não consegue cumprir o fim a que se destina, qual seja, obstar a omissão legislativa que redunda em negativa de direitos.

**9. Referências Bibliográficas.**


BARROSO, Luís Roberto. ***O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira***. 9ª ed. atual. São Paulo: Renovar, 2009.

BONAVIDES, Paulo. ***Curso de Direito Constitucional*** – 12ª edição. São Paulo; Editora Malheiros, 2002.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 99.* Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 29/10/2018.

BRASIL, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. *ADPF 226 AgR/RS.* Agravante: C M P S. Agravado: Juiz de Direito da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 09/06/2011. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 29/10/2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. ***As garantias do cidadão na justiça***. São Paulo: Saraiva, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. ***Direito Constitucional e teoria da Constituição***. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. ***Direito Administrativo***. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo; COSTA, Alexandre Araújo. ***O mandado de injunção na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988***. *In:* Revista Estudos Institucionais, Vol. 2, 2, 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. ***Processo constitucional e direitos fundamentais***. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

LACERDA Galeno. ***Requisitos do Mandado de Injunção***, Zero Hora, Porto Alegre, RS, 1988.

LAZZARINI, Álvaro. ***Estudos de Direito Administrativo***. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MACIEL, Marcela Albuquerque. ***O Mandado de Injunção: Origens e trajetória constituinte***. In http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8760. Acesso em 30/10/2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de, ***Do Espírito das Leis***. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre de. ***Direito constitucional***. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

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

PEDREIRA, Ana Maria. ***Responsabilidade do Estado por Omissão – Prevenção, Precaução e Controle como meios de evitar a ocorrência do dano***. Porto Alegre: Núria Fabris, 2016.

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

POLLETTI, Ronaldo. ***Controle da constitucionalidade das leis***. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

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

RIVERO, Jean. ***Direito Administrativo***. Tradução Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROTHENBURG, Walter Claudius. ***A segurança do mandado de injunção***. Revista de Informação Legislativa: Brasília a. 47 n. 188 out./dez. 2010, página 78. In: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198713/000901834.pdf?sequence=1. Acesso em 01/08/2019.

SÉ, João Sento. ***Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais***. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SILVA, José Afonso da. ***Curso de direito constitucional positivo***. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. ***Mandado de injunção no direito brasileiro***. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 1991.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. ***Temas de direito público***. 1ª ed. 2ª tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ZOCKUN, Maurício. ***Responsabilidade Patrimonial do Estado***. São Paulo: Malheiros, 2010.