

ACESSO À JUSTIÇA E ACESSO A DIREITOS: O MANDADO DE INJUNÇÃO NA PERSPECTIVA DA LEI Nº 13.300/2016

ACCESS TO JUSTICE AND ACCESS TO RIGHTS: THE WRIT OF INJUNCTION UNDER THE PERSPECTIVE OF ACT 13.300/2016

Diógenes V. Hassan Ribeiro¹

Pós-Doutor em Direito pelo Centro de Estudos Sociais – Universidade de Coimbra
(CES/FEUC, Coimbra, Portugal)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito público; direito constitucional.

RESUMO: Nas últimas duas décadas e meia, a doutrina e a jurisprudência brasileira debruçaram-se sobre a complexa e difícil tarefa de dar concretude ao mandado de injunção, tal como constou no texto do art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988. Foram centenas de artigos acadêmicos publicados, algumas monografias e, ainda, incontáveis julgamentos nos Tribunais, muitos no Supremo Tribunal Federal. A doutrina não trouxe unanimidade na interpretação, e a jurisprudência oscilou, iniciando por uma compreensão até

estabelecer uma orientação que ainda não está firme e clara. A Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, nem chegou a ser analisada pelos Tribunais e, por incrível que possa parecer, chegou a ser desconhecida, inclusive, pelo Supremo Tribunal em julgamentos posteriores, neste ano de 2017. O artigo apresenta parte de pesquisa no grande tema do acesso à justiça, especificamente sobre a importância do mandado de injunção. Sobretudo, procura mostrar a indispensabilidade de legislação nos países da tradição romano-germânica.

ABSTRACT: *Over the last two and a half decades, Brazilian doctrine and*

¹ Desembargador do TJRS. Mestre em Direito pela Unisinos, RS, Brasil (2001). Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, RS, Brasil (2006). Professor do PPGD e da Graduação em Direito da Universidade La Salle, Canoas/RS, Brasil. E-mail: drdiogenes@uol.com.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/7079599657359764>>.

jurisprudence have focused on the complex and difficult task of concretizing, or making effective, the writ of injunction, as stated in the text of art. 5º, LXXI, of the Federal Constitution of 1988. There were hundreds of academic articles published, some monographs, and countless trials in the Courts, many in the Federal Supreme Court. The doctrine did not bring unanimity in the interpretation, and the jurisprudence oscillated, beginning with an understanding until fixing an orientation that is not yet firm and clear. The Act 13.300, dated June 23, 2016, has not even been analyzed by the Courts and, as incredible as it may seem, was unknown, including by the Supreme Court in subsequent trials, in 2017. This scientific article presents part of research on the great subject of access to justice, specifically on the importance of the writ of injunction. Above all, it seeks to show the indispensability of legislation in the countries of the Roman-Germanic tradition.

PALAVRAS-CHAVE: acesso à justiça; acesso a direitos; mandado de injunção; jurisprudência; sistemas sociais.

KEYWORDS: *access to justice; access to rights; writ of injunction; jurisprudence; social systems.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Acesso à justiça e acesso a direitos; 2 O mandado de injunção como instrumento de acesso à justiça; 3 A Lei nº 13.300/2016; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Access to justice and access to rights; 2 The writ of injunction as an instrument of access to justice; 3 Act 13.300/2016; Conclusions; References.*

INTRODUÇÃO

Nas últimas duas décadas e meia, a doutrina e a jurisprudência brasileira debruçaram-se sobre a complexa e difícil tarefa de dar concretude à ação de mandado de injunção, tal como constou no texto do art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988. Foram centenas de artigos acadêmicos publicados, algumas monografias e, ainda, incontáveis julgamentos nos Tribunais, muitos no Supremo Tribunal Federal. A doutrina não trouxe unanimidade na interpretação, e a jurisprudência oscilou, iniciando por uma compreensão até fixar uma orientação que ainda não está firme e clara. A Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, nem chegou a ser analisada pelos Tribunais e, por incrível que possa parecer, chegou a ser desconhecida, inclusive, pelo Supremo Tribunal em julgamentos posteriores, neste ano de 2017.

A complexidade, ou hipercomplexidade da sociedade², impõe a redução dessa complexidade. Na sociedade moderna, essa redução da complexidade, em conformidade à teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, ocorre pela diferenciação funcional em sistemas parciais. Portanto, os sistemas parciais são sistemas que se diferenciam pelas funções que cumprem em relação ao sistema mais abrangente: a sociedade. Nessa teoria, que tem em vista a sociedade³, superando as demais teorias sociológicas anteriores, que tinham em conta os indivíduos, o sistema jurídico cumpre a função de aliviar expectativas, que ocorre pela existência de “expectativas comportamentais normativas generalizadas congruentemente”⁴.

Nesses termos, a conformação da norma constitucional possibilita a concretização do direito ou a sua efetivação. A norma constitucional, contudo, em muitos casos principiológica, dificulta a sua efetivação, enquanto não houver norma infraconstitucional que lhe dê concreitude, que condense o seu sentido. Em outras palavras, em conformidade à função do sistema jurídico da teoria luhmanniana, o preceito constitucional do art. 5º, LXXI, que instituiu o mandado de injunção, permitia inúmeras possibilidades de interpretação, tanto que a doutrina era controversa, quanto a jurisprudência oscilou entre várias interpretações. Assim, quando o art. 5º, LXXI, permite a concessão de “mandado de injunção quando 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”, vários questionamentos se impunham. Não é demais lembrar de uma situação paradoxal, uma vez que o próprio instituto do mandado de injunção, para alguns, exigia lei infraconstitucional. Todavia, o mandado de injunção existe justamente quando não haja norma regulamentadora do direito. Assim, poderia ser proposto mandado de injunção para regulamentar o próprio direito ao mandado de injunção. A ausência de

² *Complexidade* entendida como a existência sempre de mais possibilidades do que se pode realizar. Do conceito, há a noção de *elemento* e de *relação*, isto é, complexidade como aumento quantitativo dos elementos, sendo não mais possível relacionar todos os elementos entre si. Assim, implica uma seleção forçada (pressão seletiva), a qual implica, por sua vez, a contingência, quer dizer, as possibilidades apontadas para as demais expectativas poderiam ser diferentes das esperadas, possuindo a possibilidade de desapontamento: Luhmann, 1983; Luhmann, 1991.

³ Em Luhmann, a sociedade é um sistema de comunicações, por isso não é um sistema de indivíduos. Isso pode ser melhor visto, entre outras diversas obras, em LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Editorial Herder, Universidad Iberoamericana, 2007. p. 57.

⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Brasília: Tempo Brasileiro, 1983. p. 226.

regulamentação mostrava a dificuldade de interpretação e, daí, o sistema jurídico não cumpria adequadamente a sua função, “de aliviar expectativas”, diante da inexistência de legislação infraconstitucional conformadora.

São esses questionamentos que este artigo, que decorreu da pesquisa realizada, pretende mostrar, além de outros que ainda podem estar presentes, a despeito da edição da Lei nº 13.300/2016.

O artigo distingue, inicialmente, entre acesso à justiça e acesso a direitos e, na sequência, entre esse acesso nos países periféricos. Prossegue, então, distinguindo o mandado de injunção como acesso à justiça e como acesso a direitos. Na parte final, trata da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, e, ainda, sobre algumas dúvidas e objeções que podem remanescer, a despeito da edição dessa lei. As referências teóricas fundam-se, especialmente, na teoria dos sistemas sociais autopoiéticos de Niklas Luhmann.

1 ACESSO À JUSTIÇA E ACESSO A DIREITOS

É importante, para a compreensão adequada, distinguir acesso à justiça, acesso à jurisdição e acesso a direitos. No início da obra que tornou esse tema objeto de pesquisas incontáveis no mundo inteiro, Cappelletti e Garth já inserem a ideia de que “o conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante...”⁵. Também já se reproduziu incansavelmente a célebre afirmação, ou conceito, dos autores nessa obra: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”⁶. Efetivamente, trata-se de uma afirmação audaciosa e, talvez, exagerada, pois por ela se compreende que o “acesso à justiça” superaria até o direito à vida ou o direito à integridade física.

Nessa linha, bom dizer que o “acesso à justiça”, tal como exposto naquela obra, é eminentemente um direito procedimental e, por isso, não pode ser comparado com direitos de natureza material, como, por exemplo, o direito à vida ou o direito à integridade física. O acesso à justiça, portanto, é um direito-meio de proteger o direito-fim se, e quando, esse direito-fim estiver em risco/perigo/disputa/conflito. Todavia, enquanto direitos abstratamente previstos,

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 9.

⁶ *Ibidem*, p. 12.

não se pode concluir, com os autores, que o “acesso à justiça” seja, efetivamente, “o mais básico dos direitos humanos”. Seja como for, não constitui pretensão desse texto aprofundar comparações de cunho quantitativo ou qualitativo que sejam pouco relevantes, especialmente porque são, guardadas as diferenças de natureza desses direitos, indubitavelmente, direitos fundamentais e, também, direitos humanos⁷.

Portanto, na compreensão dessa célebre e inigualável obra de Cappelletti e Garth, acesso à justiça é considerado com esse viés de acesso à solução de um conflito jurídico, por isso, nas suas conhecidas ondas que solucionam o problema do acesso, a primeira tratou dos custos do acesso e, portanto, possibilitou o instituto da assistência judiciária aos pobres, a segunda tratou dos direitos difusos e coletivos, superando a insuficiência do individualismo diante de novos direitos (“litígios de direito público”) e, por fim, no que os autores resolveram chamar de “enfoque de acesso à justiça”, que pertine aos modelos então adotados de representação ao Judiciário, com a possibilidade de criar novos tribunais e envolver, inclusive, leigos para a análise de casos de conflitos.

Nesses termos, nessa magistral obra que resultou de intensas pesquisas realizadas na década de 1970, os autores apresentam o problema do acesso à justiça como um problema de solução de conflitos jurídicos, daí a necessidade de assistência jurídica ou judiciária aos pobres, por igual a necessidade de defesa de novos direitos ditos coletivos ou difusos, como, por exemplo, de proteção do meio ambiente e dos consumidores em geral e, por fim, na última onda, vai além dos tribunais e dos modelos então existentes, com alternativas de instituições, mecanismos, pessoas e procedimentos, seja para solucionar o conflito, seja para evitá-lo.

Sem dúvida alguma, as duas primeiras ondas reduzem “acesso à justiça” a um problema de acesso à jurisdição estatal, enquanto que, na terceira, o problema é tratado com uma alteração de enfoque, pois constata alternativas à jurisdição estatal de solução e de prevenção.

Assim, fica clara a necessidade de distinguir essa concepção de “acesso à justiça” do “acesso à jurisdição”, pois o acesso à jurisdição é mais limitado, já que a jurisdição somente pode ser a estatal, formal, oficial, enquanto que “acesso à justiça”, na ideia concebida por Cappelletti e Garth, é mais amplo.

⁷ Aqui também se faz distinção entre direitos fundamentais, próprios de um determinado ordenamento jurídico, e direitos humanos, que se tornaram internacionalmente respeitados.

E as distinções não ficam por aí, cabendo distinguir acesso à justiça de acesso a direitos.

Aliás, a expressão adotada pelos autores e amplamente consagrada, “acesso à justiça”, é, sem sombra de qualquer dúvida, uma expressão ambígua, bastando refletir sobre o que, exatamente, pode significar a expressão “justiça”. Justiça, como tratada por John Rawls, por exemplo, interessa desde que concebida como “justiça social”, ou seja, “a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social”⁸. Amartya Sen, a seu turno, enuncia que “as teorias da justiça moderna se concentram na ‘sociedade justa’”. Por isso, diz que a investigação posta no seu livro é fazer “comparações baseadas nas realizações que focam o avanço ou o retrocesso da justiça”¹⁰.

Bastam essas referências para mostrar a ambiguidade da expressão “acesso à justiça” que, na expressão da histórica obra de Cappelletti e Garth, há de significar, reitera-se, mais restritamente, “acesso à solução de conflitos jurídicos”.

Evidentemente que, na idade contemporânea, na fase posterior ao *welfare state*, inclusive naqueles países ditos periféricos, ou seja, que nem sequer passaram por esse modelo de estado, como é o caso do Brasil, há direitos sociais, previstos nas Constituições, que são constantemente objeto de litígios em ações constitucionais. Impõe-se observar, entretanto, que, mesmo nesse caso, a noção de “acesso à justiça” não escapa da compreensão de “acesso à solução de conflitos jurídicos”.

Compreensão mais abrangente pode ser a de “acesso a direitos”. Com efeito, essa expressão abrange, ou seja, inclui a noção de “acesso à justiça” e, inclusive, corresponde, pode-se dizer assim, à ideia de justiça tal como posta por John Rawls e, ainda, de certo modo, embora baseado noutra pesquisa, por Amartya Sen. Ora, acesso a direitos pode significar, por exemplo, acesso a políticas públicas estatais que tendam a proporcionar melhorias na saúde pública, na segurança pública, no acesso à informação de direitos, etc. E isso

⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 7-8.

⁹ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 39.

¹⁰ Idem, *ibidem*.

inclui, então, a possibilidade de acessar direitos pela via da jurisdição, nesse caso considerando a expressão “acesso à justiça” da obra de Cappelletti e Garth.

Considerou-se que fazer essas distinções era extremamente importante para evitar confusões. Adiante, serão feitas outras abordagens nessa linha investigativa.

1.1 ACESSO À JUSTIÇA E ACESSO A DIREITOS EM PAÍSES PERIFÉRICOS

Outras distinções são necessárias, especialmente uma trazida e baseada na doutrina de Niklas Luhmann – A teoria dos sistemas sociais: a distinção entre países periféricos e países centrais¹¹.

Necessário dizer, desde logo, que o Brasil é visto como um País periférico, enquanto os países da Europa Central, como Alemanha, Inglaterra e outros, são vistos como países centrais e, ainda, constaria que Portugal seria classificado como país semiperiférico¹², o que implica outra distinção. Entre muitas coisas, pode-se dizer que os países centrais passaram pelo *welfare state*, enquanto os países periféricos saltaram por cima dessa fase político-histórico e os países semiperiféricos não teriam passado, completamente, por esse estágio político-econômico-jurídico-histórico. Também pode-se dizer que os países centrais são culturalmente maduros e apresentam uma democracia estável, especialmente no âmbito das instituições, enquanto os países periféricos são exatamente o contrário: não são culturalmente maduros¹³ e sua democracia, assim como

¹¹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, op. cit. p. 525 e ss. Essa distinção foi desenvolvida magnificamente por NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 (entre outros) e por MASCAREÑO, Aldo. *Diferenciación y Contingencia en América Latina*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2013.

¹² SANTOS, Boaventura de Souza. *Estado e sociedade na semiperiferia do sistema mundial: o caso português*. *Revista Análise Social*, Lisboa, p. 869 e ss., 1985. Também GUIBENTIF, Pierre. O direito na semi-periferia. Uma teoria ambiciosa revisitada à luz da investigação jurissociológica recentemente realizada em Portugal. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre: Abrasod, p. 50 e ss., jan./jun. 2015.

¹³ Sabemos as dificuldades de conceituar “cultura”. Veja-se, entre muitos: BAUMAN, Zygmunt. *Ensaio sobre o conceito de cultura*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. Esse autor distingue, inicialmente, cultura como construção humana e natureza à qual o homem obedece, e depois discorre sobre o conceito de cultura como sistema ou como matriz; como identidade e aqui como multiculturalismo e pluralidade cultural; e trata da cultura como estrutura e cultura como práxis. Em Luhmann (La cultura como un concepto histórico. *Historia y Grafía*, n. 8, p. 11-33, 1997), está desenvolvida a ideia de historicidade, de memória social. Já Rocha (*A verdade sobre a autopeiose do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 39), ao tratar da distinção centro e periferia, questiona se o Brasil seria centro ou periferia, e responde dizendo que, quanto à produção cultural, o Brasil é um importante centro, mas, na economia, é

suas instituições, revelam instabilidades e, por isso mesmo, nesses pontos, são incipientes.

Fundamentalmente e sobretudo, Luhmann expõe a compreensão de que, nos países centrais, há complexidade estruturada, enquanto, nos países periféricos, essa complexidade ainda não está bem estruturada, ou, simplesmente, não está estruturada¹⁴. No âmbito da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, a diferenciação funcional, portanto, ainda não está estruturalmente organizada nos países periféricos, ou seja, os subsistemas sociais não têm a clausura operativa adequada.

Luhmann também distingue, nos sistemas sociais, o centro da periferia. No centro, a operação sistêmica ocorre, apresentando clausura sistêmica, enquanto que, na periferia, a clausura sistêmica é deficiente, ou, quem sabe, mais sujeita a influências externas do ambiente, ou, no que se chama de corrupção sistêmica, quando o sistema funcional deixa de operar com o seu código próprio.

O exemplo do sistema jurídico, nesse caso, é bem posto. O centro do sistema jurídico, conforme Niklas Luhmann, é ocupado pelo Poder Judiciário, responsável pelas decisões, próprio de uma organização que integra o sistema de organizações. No centro do sistema, a clausura operacional está bem estruturada, pois a operação é baseada no código lícito – ilícito. Por isso, é estranho ao Poder Judiciário adotar decisões com base no sistema da moral (código: bem – mal), no sistema da religião (código: imanência – transcendência), no sistema do esporte (código: vencer – perder) ou no sistema da política (código: governo – oposição). Que litiga no Judiciário não espera, ou pelo menos quase nunca espera, decisões com base no sistema da moral ou no sistema da política, que operam, como se viu, por outros códigos.

Assim, nos mesmos termos, os países centrais possuem uma complexidade estruturada, enquanto os países periféricos nem sempre, às vezes quase nunca, possuem complexidade bem estruturada. Esse tema voltará na sequência, por isso convém deixá-lo em *stand by*.

periferia. Aqui, Rocha vê cultura como produção de arte e identidades. Nesse artigo, preferimos identificar cultura como um conceito histórico humano, de crescimento do ser humano e das suas instituições, por isso “amadurecimento cultural”.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais*. México: Alianza Editorial e Universidad Iberoamericana, 1991. p. 284; (ou) LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2007. p. 107. Também, NEVES, Marcelo. *A força simbólica dos direitos humanos*. Rede – Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 4, 2005.

2 O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

Longe de qualquer dúvida, o mandado de injunção é caracterizado como um remédio jurídico de natureza constitucional que visa à regulamentação de direitos. Importa dizer que cumpre, ao menos, dupla função: é instrumento constitucional de acesso à justiça e, ainda, instrumento constitucional de acesso a direitos. No sentido de remédio jurídico para o acesso à justiça, pode-se dizer que o mandado de injunção situa-se inserido na segunda onda na célebre classificação de Cappelletti e Garth, pois tem o viés de “litígio de direito público”, superando o individualismo e passando a ser considerado como forma de acesso à justiça ao menos coletiva, certamente plural, talvez, até, com viés de direito difuso, em algumas circunstâncias.

Pontes de Miranda foi quem trouxe essa noção de remédio jurídico processual¹⁵, distinguindo-o da ação, em sentido material, e da pretensão. Explica Pontes de Miranda que pretensão é pré-processual, no sentido de “pretensão à tutela jurídica”, uma vez que o Estado prometeu prestar jurisdição e assumiu, assim, o seu monopólio. Já a ação pode ser declaratória, constitutiva, condenatória, executiva ou mandamental. No caso do mandado de injunção, resulta claro que se trata de ação de eficácia mandamental. E remédio jurídico pertine ao direito processual, no caso do mandado de injunção, remédio jurídico de natureza constitucional, porque previsto na Constituição. Portanto, o mandado de injunção, na sua característica de acesso à justiça, é a forma de exercício da pretensão à tutela jurisdicional do Estado, uma vez que a pretensão é pré-processual, mas que, sendo exercida, passou para a “ação” em sentido processual.

2.1 O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO A DIREITOS

E, como se adiantou, também tem o sentido de remédio jurídico para o acesso a direitos, como decorre, claramente, da letra do art. 5º, LXXI, da Constituição Federal. Nesses termos, na compreensão posta por Pontes de Miranda, aqui se trata, propriamente, da ação em sentido material, que visa à regulamentação do direito. Assim, da pretensão, de natureza pré-processual,

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. I, 2016. p. 131 e ss.

foi usada a “ação” em sentido processual, visando à tutela, propriamente, do direito constitucional à regulamentação de direitos.

Nessa linha de raciocínio, convém descrever quais os direitos que podem ser tutelados pelo exercício do mandado de injunção. Ora, a doutrina esclarece que podem ser quaisquer direitos previstos na Constituição Federal:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que qualquer direito constitucional é passível de ser tutelado por mandado de injunção desde que se cuide de disposição normativa não autoaplicável. Na doutrina, podem ser encontradas tanto posições mais restritivas como até mesmo mais abrangentes. Assim, por exemplo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que segue posição mais restritiva, sustenta que o mandado de injunção somente pode ser impetrado para tutelar os direitos fundamentais reconhecidos no Título II da Constituição, assim como para assegurar as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, o que, por sua vez, a depender da exegese dessas categorias, poderá resultar em significativa ampliação das hipóteses de cabimento. Já para José Carlos Barbosa Moreira, o mandado de injunção pode tutelar, inclusive, lacunas na esfera das normas infraconstitucionais, posicionamento seguido também, entre outros, por Nelson Nery Junior. Independentemente de outras alternativas que poderiam ser mencionadas, em harmonia com a posição mais generosa do STF, ainda mais considerando o disposto no art. 5º, § 2º, da CF, o entendimento mais adequado é o de que toda e qualquer norma definidora de direito e garantia constitucional, mesmo não situada no Título II, da CF, poderá ensejar a propositura de mandado de injunção. Também aqui viável uma “interpretação em conformidade com o Estado Democrático de Direito”.¹⁶

¹⁶ STRECK, Lenio L.; SARLET, Ingo W. Comentários ao artigo 5º, LXXI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. _____ (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 483.

Convém adotar essa interpretação atualizada, de que quaisquer direitos, constantes da Constituição Federal, que dependam de conformação infraconstitucional, podem ser objeto do mandado de injunção. E, ainda, seria possível compreender, com Barbosa Moreira e Nelson Nery Junior, conforme adiantou a obra com excerto transcrito antes, o cabimento de mandado de injunção para a regulamentação de direitos infraconstitucionais que, eventualmente, estejam dependendo de alguma regulamentação para ser pleno exercício, mesmo que esse direito fosse meramente decorrente dos direitos e das garantias constitucionais expressamente positivados na Constituição.

Com efeito, a redação do art. 5º, LXXI, está assim: “LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Todavia, a redação do art. 2º da Lei nº 13.300 amplia o sentido do preceito constitucional e o torna coerente com essa posição doutrinária:

Art. 2º Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta *total ou parcial de norma regulamentadora* torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Parágrafo único. *Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.* (grifos do autor)

Não deveriam restar, nesses termos, muitas dúvidas quanto ao objeto do mandado de injunção. Contudo, há ainda margem para discussões doutrinárias e jurisprudenciais, como se verá na sequência.

3 A LEI Nº 13.300/2016

Para além dessa questão, sobre a qual ainda pendia alguma dúvida doutrinária e, principalmente, dúvida jurisprudencial, atinente ao objeto do mandado de injunção, a Lei nº 13.300/2016 veio a solucionar inúmeras outras questões e problemas com relação aos quais havia polêmicas.

Isso mostra, por um lado, a necessidade de legislação para o país que baseia o seu sistema jurídico no sistema romano-germânico, o da tradição da *civil law*. Sem dúvida que o sistema jurídico depende muito da legislação para

ser bem aplicado o direito posto. Existem incontáveis exemplos da experiência que mostram o quão necessária é a lei. Ora, se mesmo quando existe lei, muitas vezes a sua aplicação demora para ser implementada, quando não há lei que dê conformação a determinado direito, aí haverá dificuldades por vezes intransponíveis para a sua efetivação.

O mandado de injunção serve de exemplo claro desse problema. Basta lembrar, como já de certo modo constou anteriormente, que o mandado de injunção foi incluído na Constituição Federal em 1988, mas que sofreu avanços e, às vezes, retrocessos, na sua aplicação a casos concretos. A primeira objeção que se pôs é aquela paradoxal, da necessidade de lei para regulamentá-lo, quando, expressamente, o mandado de injunção foi positivado para que fosse editada regulamentação a direito que não recebeu a devida regulamentação. Se a doutrina e a jurisprudência tivessem se curvado a esse entendimento, o mandado de injunção passaria de situação paradoxal para situação de verdadeira aporia. Felizmente, a despeito dessa objeção inicial, a jurisprudência e a doutrina não insistiram nesse intento.

De qualquer modo, contudo, a jurisprudência e a doutrina, ressalvadas algumas exceções, foram muito tímidas. E, agora, embora a edição da Lei nº 13.300/2016, a jurisprudência tem se mostrado, neste início, excessivamente conservadora de alguns entendimentos superados. Basta ver que, neste ano de 2017, já foram julgados no âmbito do Supremo Tribunal Federal alguns mandados de injunção, e não houve referência à existência da novel lei de junho de 2016. Necessário transcrever algumas ementas:

Agravo regimental em mandado de injunção. Aposentadoria especial de servidores portadores de deficiência (CF/1988, art. 40, § 4º, I). Parcial procedência para que o pedido de aposentadoria especial seja analisado pela autoridade administrativa mediante a aplicação, no que couber, da Lei Complementar nº 142/2013. Agravo regimental não provido. 1. O provimento normativo-concretizador do direito de aposentação em regime especial por servidor público alcançado na via injuncional na Suprema Corte firmou-se no sentido de se viabilizar o gozo do direito em isonomia de condições com trabalhadores da

iniciativa privada (Precedente: MI 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe de 30.11.2007). 2. Impossibilidade de o STF, em sede de mandado de injunção, substituir-se ao Parlamento na conformação dos parâmetros de aferição das condições especiais (Precedente: MI 844/DF, Rel^a Min. Cármen Lúcia, Rel. p/o Ac. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 30.09.2015). 3. Ordem concedida para viabilizar ao servidor que tenha seu pedido de aposentadoria apreciado pela autoridade administrativa competente, nos termos da Lei Complementar nº 142/2013. 4. Agravo regimental não provido. (MI 6475-AgRg, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 17.03.2017, Processo Eletrônico, DJe-066 Divulg. 31.03.2017, Publ. 03.04.2017)

Agravo regimental em mandado de injunção. Art. 37, X, da Constituição. Revisão geral anual da remuneração de servidores públicos. Leis nºs 10.331/2001 e 10.697/2003. Ausência de mora legislativa. Agravo regimental não provido. 1. Improriedade da via injuncional para questionar a efetividade da norma regulamentadora, estando ausente o pressuposto de admissibilidade do mandado de injunção com fundamento no art. 37, X, da CF/1988, tendo em vista a edição das Lei nºs 10.331/2001 e 10.697/2003. 2. Agravo regimental não provido. (MI 5899-AgRg, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 17.03.2017, Processo Eletrônico, DJe-066 Divulg. 31.03.2017, Publ. 03.04.2017)

Agravo regimental em mandado de injunção. 2. Direito de participação popular em procedimento de sabatina de candidato a ministro do Supremo Tribunal Federal. Ausência de dever constitucional de legislar sobre a matéria. 3. Natureza mandamental do remédio constitucional. Pressuposta omissão legislativa que inviabilize a fruição de direitos e liberdades constitucionalmente assegurados e de

prerrogativas relativas à nacionalidade, soberania e cidadania. Inocorrência. 4. Existência de ato normativo infraconstitucional regulamentador da pretensão. Inadequação do instrumento à veiculação de insatisfação com o conteúdo da norma. 5. Descabimento do mandado de injunção. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (MI 6681-AgRg, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 07.04.2017, Processo Eletrônico, DJe-091 Divulg. 03.05.2017, Publ. 04.05.2017)

Direito constitucional e previdenciário. Agravo interno em mandado de injunção. Desaposentação. 1. Não há preceito constitucional que proclame categoricamente um direito à desaposentação, que se alega pendente de regulamentação (REs 381.367, 661.256 e 827.833), o que impossibilita o conhecimento do *writ*, nos termos da jurisprudência desta Corte. 2. Agravo a que se nega provimento por manifesta improcedência, com aplicação de multa de 5% (cinco por cento) do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer recurso condicionada ao prévio depósito do referido valor, em caso de decisão unânime (CPC, art. 1.021, §§ 4º e 5º). (MI 6648-AgRg, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.02.2017, Processo Eletrônico, DJe-077 Divulg. 17.04.2017, Publ. 18.04.2017)

Esses seriam apenas alguns exemplos, pois haveria outros julgamentos. Em um dos casos transcritos, MI 6681, constava nas alegações, o que se vê no relatório do mandado de injunção, que estava sendo invocada a aplicação da Lei nº 13.300/2016. Todavia, na fundamentação da decisão nenhuma alusão à novel lei foi realizada. E, certamente, fosse analisada a jurisprudência de outros Tribunais, seriam encontrados inúmeros outros julgamentos de mandados de injunção, no corrente ano, sem qualquer alusão à Lei nº 13.300.

Das quatro decisões do Supremo Tribunal Federal que servem de exemplo, supratranscritas, se tivesse sido lembrada a Lei nº 13.300 quando do julgamento do MI 5.899 (o segundo citado), com absoluta certeza esse novo diploma legal importaria alguma influência, não fosse, talvez, na alteração da própria decisão,

no mínimo quanto à fundamentação que se limitou a reproduzir entendimento anterior à vigência daquela lei. Com relação aos demais julgamentos citados, mesmo assim haveria a necessidade de menção ao novo diploma legal, mesmo que não houvesse alteração da decisão. E essa menção serviria para complementar a fundamentação da decisão, assim como para prestigiar o ordenamento jurídico.

Superadas essas decisões, atualmente já surgem alguns julgamentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal que examinam a novel legislação. Cabe transcrever a ementa de um desses julgamentos:

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE INJUNÇÃO - SEGURADO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - DESAPOSENTAÇÃO - AUSÊNCIA DE DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR SOBRE O TEMA - PRECEDENTES - 1. À minguia de direito subjetivo constitucionalmente assegurado à “desaposentação”, consoante assentado em precedentes desta Suprema Corte, não há falar em inércia legislativa na sua regulamentação e, portanto, não há campo para a concessão da ordem injuncional pretendida. 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, por se tratar de recurso interposto em mandado de injunção (arts. 14 da Lei nº 13.300/2016 e 25 da Lei nº 12.016/2009). 3. Agravo interno conhecido e não provido, com aplicação, no caso de votação unânime, da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, calculada à razão de 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da causa. (MI 6658-AgRg, Tribunal Pleno, Relª Min. Rosa Weber, J. 02.06.2017, Processo Eletrônico, DJe-125 Divulg. 12.06.2017, Publ. 13.06.2017)

Todavia, não há *vacatio legis* na mencionada lei, que foi editada depois de 28 anos da Constituição Federal. Por isso não é compreensível que o Supremo Tribunal Federal tenha deixado de aplicar a Lei nº 13.300 em diversos julgamentos posteriores, embora decorridos, em alguns casos, cerca de 8 meses da edição daquela lei, 23 de junho de 2016. Com efeito, o direito já estava positivado na Constituição Federal e a Lei nº 13.300 somente veio a regulamentar o acesso e a solucionar inúmeras dúvidas, cabendo, logicamente, a sua aplicação mesmo

aos casos pendentes de julgamento, que haviam sido ajuizados antes da edição daquela lei.

3.1 O EXEMPLO DO ARTIGO 37, X, DA CONSTITUIÇÃO - A REVISÃO GERAL ANUAL DAS REMUNERAÇÕES DO SERVIÇO PÚBLICO

É bom reiterar o que constou antes, pois, em conformidade ao art. 2º da Lei nº 13.300, é possível mandado de injunção quando a regulamentação constante da lei seja parcial ou incompleta. Aí está a solução à polêmica que ensejava parte da doutrina (Barbosa Moreira e Nelson Neri Junior) que entendia possível ajuizamento de mandado de injunção diante de lacunas na legislação infraconstitucional. *Nesse caso, pode ser citado o art. 37, X, da Constituição Federal*, que trata da revisão anual da remuneração dos servidores públicos e dos subsídios previstos no art. 39, § 4º, da Constituição. O Supremo Tribunal Federal tem repetido, constantemente, o entendimento de que as Leis Federais nºs 10.331/2001 e 10.797/2003 já trataram desse tema constitucional e, então, não cabe mandado de injunção para a regulamentação do art. 37, X, da Constituição.

Ora, o art. 2º da Lei nº 10.331/2001 fixa os critérios que possibilitam a aplicação da revisão anual constitucional, enquanto o art. 5º estabelece que, para o ano de 2002, o índice geral de revisão anual seria, como foi, de 3,5%. Para os demais anos, contudo, não foi editada nenhuma lei estabelecendo o índice geral de revisão anual. Já a Lei nº 10.697/2003 estabeleceu, para o ano de 2003, o índice geral de 1%, o que, certamente, representa índice que de modo incompleto e parcial aplica uma revisão anual às remunerações dos servidores públicos.

Aliás, o Tema nº 19 do STF contém Repercussão Geral no RE 565089-RG/SP, que trata da possibilidade de indenização pela ausência de revisão anual das remunerações e dos subsídios. A última decisão proferida nesse recurso, no âmbito do STF, indeferiu o pedido de suspensão de todas as ações em trâmite no território nacional, requerido pela Advocacia-Geral da União. Em sessão de julgamento em abril de 2014, a Ministra Cármen Lúcia votou acompanhando o Relator, Ministro Marco Aurélio, dando provimento ao recurso extraordinário, garantindo o direito de indenização pela falta de revisão anual. Houve divergência, apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, para quem não há direito a aumento anual da remuneração, mas apenas direito à revisão, que seria uma manifestação do Chefe do Executivo, sobre a remuneração geral dos servidores. Posteriormente, houve o voto do Ministro Teori Zavascki, também

negando provimento ao recurso, seguindo-se pedido de vista do Ministro Dias Toffoli, sendo essa a fase atual do julgamento¹⁷.

Nesse caso em julgamento, enquanto alguns Ministros entenderam, claramente, que havia necessidade de lei anual de revisão das remunerações, por isso se impunha indenização pela ausência dessa lei, casos dos Ministros Marco Aurélio, Relator, e Cármen Lúcia, os Ministros Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki entenderam em sentido contrário, sobrevivendo o pedido de vista do Ministro Dias Toffoli. De certo modo já anunciaram seus votos possíveis os Ministros Gilmar Mendes, contrário à procedência da ação, e Luiz Fux, favorável. Quanto a estes – e igualmente quanto aos demais – é possível que tenham outro entendimento quando ocorrer a ultimação do julgamento.

Transparece desse caso em julgamento a possibilidade de alteração essencial dos votos se houver a aplicação da Lei nº 13.300. Aliás, o único voto, pelo que se percebe, que enfrenta o tema com entendimento verdadeiramente peculiar e diferente é o do Ministro Luís Roberto Barroso, pois entendeu que não haveria direito a aumentos, já que “revisão” não teria esse sentido. Olvidou-se, contudo, da expressão final do inciso X do art. 37, em que consta “assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”.

Ora, essa interpretação não guarda a melhor hermenêutica, pois a última parte, que impossibilita a “distinção de índices”, significa, exatamente, que se pretende atualizar a remuneração dos servidores públicos, o que, aliás, ocorre em geral com os trabalhadores da iniciativa privada, considerando a atualização anual do salário-mínimo e a necessidade de dissídios coletivos das categorias profissionais, também anual. Portanto, nem a interpretação está adequada, nem, muito menos, as consequências que antevê, “indexação da economia”, que seriam deletérias.

A vontade constitucional, tudo indica, é a de “assegurar” aos servidores públicos situação idêntica aos trabalhadores da iniciativa privada, impedindo que sofram os prejuízos da inflação por vários anos, sem qualquer proteção. A limitação posta pela Constituição a esse direito é a de que deve haver a revisão geral anual na mesma data e com base nos mesmos índices. Em outras palavras, algumas categorias profissionais podem conquistar aumentos, individualmente por categoria, mas, nesse caso, devem postular esses aumentos nas vias

¹⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=264096>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

adequadas, não por meio da revisão geral anual, que tem outras finalidades constitucionais – especialmente proteger os servidores públicos dos efeitos nefastos da inflação, mas, convém observar, nem os índices inflacionários estão garantidos. Pode a revisão geral anual ser inferior a índices inflacionários, a depender da fundamentação exposta pelo titular do Poder Executivo, competente para a iniciativa dessa legislação.

3.2 DÚVIDAS QUE AINDA REMANESCEM SOBRE A EFETIVAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Relativamente ao objeto do mandado de injunção, ou seja, quais direitos e liberdades são judicializáveis, certamente há necessidade de maior digressão doutrinária e jurisprudencial, basta ver o problema dos direitos sociais positivados no art. 6º da Constituição¹⁸. Já não é assim, parece, com relação às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, pois, quanto a essas possivelmente haja facilidade de atribuição de sentido.

Quanto aos direitos e às liberdades, efetivamente há dificuldade de restrição, bastando que estejam previstos na Constituição ou que sejam decorrentes das normas constitucionais. Portanto, observando o exemplo citado do art. 37, X, tenho expressão constitucional, não é válido o argumento de que “esse direito” não seria judicializável, uma vez que, para usar um argumento muito usado, viola o princípio da separação dos poderes, considerando que o Judiciário passa a função de legislador.

Esse argumento, a toda evidência, é extremamente frágil. Convém perceber que, em conformidade ao art. 8º da Lei nº 13.300, a primeira parte do julgamento do mandado de injunção, a do *caput*, se circunscreve a constatar, ou não, o estado de mora legislativa. E, superada essa fase, será caso de passar a segunda fase, expressa no inciso I, que claramente contém a eficácia mandamental própria dessa natureza de ação, quando a sentença/acórdão deve “determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora”. A última fase da análise que deve conter a decisão é, justamente, a do inciso II: “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 poderá o

¹⁸ Efetivamente, quanto aos direitos sociais, compreende-se a impossibilidade de efetivação, ausente conformação infraconstitucional, não sendo possível ao Judiciário passar a legislador positivo naquelas circunstâncias (mas esse tema imporia outro artigo).

interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado”.

Nesses termos, a sabedoria da lei está em que a decisão reconhece a mora legislativa, fixa prazo razoável para suprir a mora e, não sendo suprida, estabelece, desde logo, como será exercido o direito, a liberdade ou a prerrogativa objeto da ação constitucional, ou, ainda, se for o caso, as condições em que poderá promover ação própria visando exercer tal direito, liberdade ou prerrogativa. Fundamental dizer que esse esclarecimento não pode ficar para uma segunda ou terceira decisão, ou mesmo para eventual execução, até porque se trata de ação de eficácia mandamental, que deve ser desde logo expresso na própria decisão.

Há decisões, contudo, atuais, que simplesmente declaram a mora legislativa, sem conter como será exercido o direito, o que revela que a decisão é passível de embargos de declaração, pois claramente omissa, não observando o que diz a Lei nº 13.300.

Esse diploma legal claramente possibilitou ação coletiva (art. 12), a despeito de não haver previsão constitucional, como ocorre com o mandado de segurança. Mas nisso, certamente, não há nem a mínima possibilidade de inconstitucionalidade. A lei mostrou a sabedoria dos legisladores no ponto, considerando, inclusive, a questão do acesso à justiça, já mencionada antes neste artigo. Com efeito, não seria possível imaginar a inadmissibilidade de mandado de injunção coletivo nos tempos atuais.

O art. 9º, contudo, poderá resultar em dificuldade de interpretação, que pode ser superada se houver boa vontade interpretativa. Diz esse texto legal que poderá ser atribuída, na decisão, eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* “quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração”. Aqui é possível buscar, novamente, o exemplo do art. 37, X, da Constituição Federal. Nesse propósito, convém ver que o direito à revisão geral anual, como diz a parte final, deve observar a mesma data e sem distinção de índices. Portanto, é inerente, nesse caso, que o direito é de todos os servidores públicos, por exemplo, da União, ou, se for o caso, de determinado Estado. Assim, se houver o ajuizamento de mandado de injunção por uma determinada categoria profissional de servidores, a decisão, sendo favorável, pode atribuir eficácia *ultra partes* a todos os servidores públicos da União. Nesse sentido, está claro que esse direito é inerente a todos os servidores públicos da União, como expressa o texto constitucional. Aliás, a confirmação

dessa interpretação vem exposta no § 2º do art. 9º: “Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator”. Portanto, a decisão pode, desde logo, atribuir eficácia *ultra partes*, ou, em caso diverso, pode, posteriormente, ser estendidos os efeitos da decisão a situações análogas.

É, por outro lado, cabível ação revisional da decisão que concedeu o mandado de injunção, nos termos do art. 10 da Lei, “quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito”.

E, ainda, a eficácia da decisão é sempre condicional, desde o que se contém na segunda fase da análise da ação constitucional. Em primeiro lugar, a despeito de constar como será exercido o direito, a liberdade ou a prerrogativa, se houver o suprimento da mora legislativa, prevalece o que consta na lei, não o que consta na decisão. Assim, usando o exemplo do art. 37, X, da Constituição, se a decisão contiver o direito à revisão geral anual em 7%, a lei poderá ser tanto superior a esse percentual quanto inferior. Aplica-se o percentual previsto na lei que supriu a mora legislativa.

Supondo-se, então, que o legislador edite a norma em momento anterior à decisão, segundo o parágrafo único do art. 11, o mandado de injunção não terá examinado o seu mérito e será extinto. Todavia, se houver a edição da lei em momento posterior ao tempo razoável para o suprimento da mora legislativa, quando já se operam os efeitos da segunda fase da decisão do mandado de injunção, em que se consta claramente como deveria ser exercido o direito, que inclusive já pode estar cumprido, nessa circunstância, prevalece o que consta no *caput* do art. 11 da Lei nº 13.300: “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”.

Assim, a lei não produzirá efeitos *ex tunc*, pois produzirá efeitos apenas para o futuro; mas, se a aplicação da lei for mais favorável do que a decisão judicial, então terá eficácia *ex tunc* e será caso de os favorecidos pela decisão obterem as eventuais diferenças, por exemplo, remuneratórias. Contudo, se, no exemplo do art. 37, X, da Constituição, a lei estabelecer percentual inferior ao percentual da decisão, a partir da publicação da lei deverá prevalecer o índice previsto na lei, não mais aquele previsto na decisão judicial. Nesse caso, poderá haver argumentação de violação da coisa julgada, mas tal argumento é fadado ao fracasso, pois a natureza do mandado de injunção é limitada a buscar que

o legislador supra a sua mora em editar lei e, tanto que a supra, a lei deve ser observada. Essa interpretação é perfeita e adequada aos ditames constitucionais.

CONCLUSÕES

A base doutrinária pesquisada e revisada, ultrapassadas algumas décadas, mostra a necessidade de produzir distinções para que o tema acesso à justiça não sofra confusões com outros temas, consignando que a expressão “acesso à justiça” é ambígua e tanto pode favorecer interpretações que tratem de acesso a políticas públicas estatais, como acesso a direitos, com a de acesso à jurisdição estatal e, ainda, acesso à solução de conflitos jurídicos.

A referencial teórica da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, de Niklas Luhmann, é válida à medida que produz distinções e observa o direito – e a sociedade – pela análise sociológica, sem pretensões filosóficas, essas tendentes a apresentar soluções, enquanto a análise sociológica somente descreve, o que já constitui tarefa de extrema dificuldade. No caso do mandado de injunção, a ausência de conformação legislativa infraconstitucional, embora constituísse, a edição de lei regulamentadora, verdadeiro paradoxo, contribuiu para os avanços e os retrocessos da aplicação do instituto eminentemente brasileiro – e, aliás, mesmo com a edição da Lei nº 13.300, continua havendo dificuldades de efetivação. Significa dizer, em outras palavras, que o preceito do art. 5º, LXXI, da Constituição, a despeito de ser importante inovação para o acesso à justiça da cidadania, considerando os resultados obtidos no decorrer de 28 anos entre a promulgação da Constituição e a edição da Lei nº 13.300, ainda assim, pela ausência de densidade normativa, não trouxe o alívio para expectativas, devido à ausência de “expectativas normativas generalizadas congruentemente” que estão, propriamente, na norma infraconstitucional.

Esse artigo constitui, na verdade, a continuidade de pesquisas que se iniciaram em 1991, com a publicação de artigo¹⁹, atualmente sendo escolhido, para além do mandado de injunção, o tema do art. 37, X, da Constituição Federal, que enuncia o direito à revisão geral anual das remunerações e dos subsídios no serviço público, o que ainda continua sendo tema polêmico na jurisprudência.

Resta a expectativa de que, com a edição da Lei nº 13.300, paulatinamente, o mandado de injunção, remédio constitucional, passe a ser, agora sim, melhor

¹⁹ RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Perplexidades e soluções para a aplicação do mandado de injunção brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 56, 1992.

aplicado no Direito brasileiro, não significando que o Poder Judiciário possa ser transformado em legislador positivo, exceto nas ressalvas expressas constitucionalmente permitidas.

Nesses termos, se o preceito constitucional do art. 5º, LXXI, por não possuir a necessária densidade normativa decorrente da sua conformação, enfrentou interpretações que, por vezes, sofreram retrocessos. Contudo, a lei editada 28 anos depois da promulgação da Constituição possibilitou, finalmente, essa densidade normativa, possibilitando, em melhores condições, o acesso à justiça e, sobretudo, o acesso a direitos. Atualmente, do intérprete da norma constitucional não se exige o esforço anterior – interpretar e aplicar uma norma com baixa densidade normativa –, pois agora se exige a interpretação e a aplicação da lei infraconstitucional. Portanto, de um instante em que as decisões judiciais podiam ficar maculadas por considerações de natureza política, próprias do sistema político, com a edição da lei infraconstitucional a exigência é de que seja interpretada e aplicada.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. *Ensaio sobre o conceito de cultura*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- GUIBENTIF, Pierre. O direito na semi-periferia. Uma teoria ambiciosa revisitada à luz da investigação jurissociológica recentemente realizada em Portugal. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre: Abrasd, jan./jun. 2015.
- LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2007.
- _____. *Sistemas sociales*. México: Alianza Editorial e Universidad Iberoamericana, 1991.
- _____. La cultura como un concepto histórico. *Historia y Grafia*, n. 8, 1997.
- _____. *Sociologia do direito I*. Brasília: Tempo Brasileiro, 1983.
- MASCAREÑO, Aldo. *Diferenciación y Contingencia en América Latina*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2013.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. I, 2016.
- NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____. A força simbólica dos direitos humanos. *Rede – Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 4, 2005.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autoapoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. Estado e sociedade na semiperiferia do sistema mundial: o caso português. *Revista Análise Social*, Lisboa, 1985.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

STRECK, Lenio L.; SARLET, Ingo W. Comentários ao artigo 5º, LXXI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. _____ (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

Submissão em: 12.07.2017

Avaliado em: 05.10.2017 (Avaliador A)

Avaliado em: 17.10.2017 (Avaliador C)

Aceito em: 12.12.2017

