

MANDADO DE INJUNÇÃO:
releitura do instrumento integrativo mandamental diante da evolução jurisprudencial
do Supremo Tribunal Federal

WRIT OF INJUNCTION:
rereading the instrument integrative writ front of evolution of jurisprudence of
the Supreme Court

Ana Luiza Rocha de Melo Santos ¹

Henrique Rocha Penido ²

RESUMO

O presente artigo analisará um instituto constitucional trazido pela Constituição Federal de 1988. Trata-se do Mandado de Injunção, esculpido no inciso LXXI do art. 5º, que se caracteriza como uma ação de natureza mandamental destinada a integrar a regra estatuidora do direito, liberdade ou prerrogativa, ressentida em sua eficácia pela ausência de norma que lhe viesse a assegurar o vigor pleno.

Este instituto sempre foi objeto de grandes divergências doutrinárias e vítima de entendimento jurisprudencial que até bem pouco tempo atrás inviabilizava sua eficácia ao ser equiparado com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Dessa forma, pretende-se demonstrar que o novo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal não compromete o princípio da separação de poderes, uma vez que não há criação de norma jurídica geral, mas apenas individual, específica, para atender ao caso concreto. Além disso, será definido o real significado, natureza e alcance do Mandado de Injunção, sua distinção com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a fundamental importância do instituto para a garantia da efetivação dos princípios democráticos presentes no atual Estado Democrático de Direito.

¹Advogada. Especialista em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Mestranda vinculada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade de Itaúna/MG. Pesquisadora vinculada ao grupo Governança Global e Direitos Humanos, liderado pela pesquisadora Dra. Susana Camargo Vieira, registrado no CNPQ e certificado pela Universidade de Itaúna. Pesquisadora vinculada ao grupo Cidade e Alteridade: Convivência multicultural e justiça urbana, liderado pela pesquisadora Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, registrado no CNPQ e certificado pela Universidade Federal de Minas Gerais.

²Advogado. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Universidade de Itaúna/MG. Pesquisador vinculado ao grupo Governança Global e Direitos Humanos, liderado pela pesquisadora Dra. Susana Camargo Vieira, registrado no CNPQ e certificado pela Universidade de Itaúna.

PALAVRAS-CHAVE

Mandado de Injunção; Interpretação; Evolução jurisprudencial.

ABSTRACT

This article will examine an institute constitutional brought by the Federal Constitution of 1988. The Writ of Injunction, carved in item LXXI of art. 5, which is characterized as an act of nature writ designed to integrate the rule of law or prerogative.

This institute has always been the object of major doctrinal differences and victim of jurisprudential understanding that until very recently did not allow its effectiveness to be compared with the Direct Action of Unconstitutionality by omission.

Thus, we intend to demonstrate that the new position adopted by the Supreme Court does not compromise the principle of separation of powers, since there is no general legal norm creation, but only individual, specifically, to meet the case. Moreover, it will be defined the real meaning, nature and scope of the Writ of Injunction, its distinction from the Direct Action of Unconstitutionality by omission and the fundamental importance of the institute to guarantee the realization of democratic principles present in the current democratic state.

KEYWORDS

Writ of Injunction; Interpretation; Evolution jurisprudencial.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 traz consigo uma clara preocupação do constituinte originário com o problema das omissões legislativas. A Constituição retrata no §1º do artigo 5º a “aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais”. Ocorre que para assegurar uma maior efetividade das normas constitucionais foram instituídos dois remédios distintos para combater a omissão legislativa: o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXXI prevê o Mandado de Injunção como o remédio adequado para proteger o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, assim

como as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando ameaçados por uma omissão legislativa³.

O remédio constitucional referido, portanto, presta-se a suprir a falta de normas regulamentadoras. Certo é que muitas normas constitucionais têm eficácia limitada, não produzindo efeitos até que o Poder Competente edite complemento tratando do tema. Se a omissão legislativa, contudo, ameaçar direitos e liberdades constitucionais ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, aquele que se sentir prejudicado pode recorrer ao Judiciário.

Desde a promulgação da Constituição Federal, o Supremo vinha entendendo o Mandado de Injunção como o meio pelo qual se reconhece tão somente a mora do Legislativo. Ao Judiciário caberia tão somente dar ciência desta mora para que o regulamento necessário fosse editado.

Ocorre que diante do modelo constitucional adotado pela Constituição Federal de 1988, Estado Democrático de Direito, a atividade do poder público foi vinculada de modo que sua atuação deve voltar-se não apenas para a tutela, mas para verdadeira realização da dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, o Poder Judiciário ao julgar o Mandado de Injunção acaba por atuar como legislador atípico, não produzindo norma jurídica em sentido estrito, mas integrando seu sentido e completando suas inúmeras lacunas, o que faz aproximar o direito abstratamente considerado da realidade social.

1. AS QUESTÕES ACERCA DO TEMA DA OMISSÃO LEGISLATIVA

A Teoria Constitucional convive de perto com o problema da eficácia das normas de uma Constituição ante a omissão legislativa em sua relação com a exigibilidade judicial dos direitos subjetivos constitucionais. Este tema tem desafiado, através dos anos, a doutrina e a jurisprudência. Sua amplitude e a variedade de questões – jurídicas e políticas – respondem pela variedade de ângulos sob os quais tem sido tratado, não só aqui no Brasil como em outros países.

³ Constituição Federal: Artigo 5º, 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.

Segundo Hans Kelsen⁴ a Constituição ocupa o vértice mais alto do ordenamento jurídico, emanando dela as demais normas que devem guardar inteira obediência ao texto constitucional. Assim, com o escopo de garantir a Constituição foram criados mecanismos destinados a impedir a permanência de normas jurídicas contrárias ao seu texto ou ao seu espírito.

A Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988 introduziu no sistema jurídico o controle de inconstitucionalidade por omissão. O art. 103, § 2º, estabelece que “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Também usando o combate à omissão inconstitucional, o inciso LXXI, do artigo 5º da Constituição Federal prescreve: “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”.

A inconstitucionalidade debatida no Mandado por Injunção é uma inconstitucionalidade negativa, resultante da inércia do Poder Público que deixa de praticar ato exigido pela Constituição. O suprimento da omissão inconstitucional exige o desenvolvimento de técnicas jurídico-políticas superadoras dos tradicionais modelos de controle aceitos pelas democracias representativas, e, simultaneamente, a criação de técnicas estritamente jurídicas.

A finalidade desse controle é clara: “tornar efetiva a norma constitucional”⁵. Portanto, o controle visa a realizar na sua plenitude a Constituição, isto é, dotar de eficácia plena toda norma constitucional.

Pode-se perceber que o controle da inconstitucionalidade por omissão é uma manifestação avançada e democrática do controle de constitucionalidade. Entretanto, do modo como se apresenta no texto constitucional, sofre limitações que podem transformá-lo num mecanismo quase inócuo.

E para combater essa inconstitucionalidade por omissão, os dois importantes institutos que foram criados pelo Constituinte originário, não podem ser confundidos. Volney Zamenhof de Oliveira Silva⁶ citando o Professor José Joaquim Gomes Canotilho, na sua obra

⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁶ SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. **Lineamentos do Mandado de Injunção**. São Paulo: RT, 1993.

Direito Constitucional, denomina a inconstitucionalidade por omissão como “silêncio legislativo” e, ao tecer alguns comentários à matéria diz:

As omissões legislativas inconstitucionais derivam do não cumprimento de imposição constitucional legiferantes em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da constitucionalização. (SILVA, 1993, p. 60)

Já o Mandado de Injunção visa socorrer direito subjetivo concreto do particular prejudicado, em seu exercício, pela ausência de norma regulamentadora (não de outras medidas, não normativas ou materiais). Ao contrário da ação direta de inconstitucionalidade por omissão o Mandado de Injunção não visa à defesa objetiva do ordenamento jurídico.

Segundo Pedro Lenza⁷, em relação a esses dois remédios para combater a “síndrome de inefetividade” das normas constitucionais de eficácia limitada, o Supremo Tribunal Federal tende a consolidar o entendimento de que a ação direta por inconstitucionalidade seria o instrumento para fazer um apelo ao legislador, constituindo-o em mora, enquanto o Mandado por Injunção, por seu turno, “seria o importante instrumento de concretização dos direitos fundamentais, como vem sendo percebido na jurisprudência do STF e, assim, dando um exato sentido ao art. 5º, § 1º, que fala em aplicação imediata”. Nesse sentido:

“EMENTA: Mandado de injunção. Natureza. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. Mandado de injunção. Decisão. Balizas. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. Aposentadoria. Trabalho em condições especiais. Prejuízo à saúde do servidor. Inexistência de lei complementar. Artigo 40, § 4º, da Constituição Federal. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral — artigo 57, § 1º, da Lei n. 8.213/91” (MI 758, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 1º.07.2008, Plenário, DJE de 26.09.2008).

Para J. J. Calmon de Passos⁸, nesse mesmo sentido, “o Mandado de Injunção não é remédio certificador de direito, sim de atuação de um direito já certificado. Seu objeto é

⁷ LENZA, Pedro. **O mandado de injunção enquanto ação constitucional de natureza mandamental - a consolidação da posição concretista**. Disponível em: <http://pedrolenza.blogspot.com.br/2011/05/o-mandado-de-injuncao-enquanto-acao.html>. Acesso em 06 set. 2012.

⁸ PASSOS, J. J. Calmon de. **Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e Habeas Data: constituição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

exclusivamente definir a norma regulamentadora do preceito constitucional aplicável ao caso concreto”.

Dessa forma, os dois institutos criados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 para realizar o controle de constitucionalidade por omissão, não podem ser confundidos uma vez que apresentam características e aplicabilidade diversas, entretanto, assemelham-se por ambos lutar contra a inércia do Poder Público que desobedece aos preceitos constitucionais.

2. O MANDADO DE INJUNÇÃO

O Jurista Hely Lopes Meirelles⁹ conceitua Mandado de Injunção como:

“O meio constitucionalmente posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora, que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

O jurista José Afonso da Silva¹⁰ o define como “um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição”.

Doutro norte o Ministro Moreira Alves¹¹ conceituou o *writ* como “uma ação conferida ao cidadão titular de um direito, garantia ou prerrogativa cujo exercício esteja inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, a qual tem necessariamente como sujeito passivo uma pessoa jurídica de direito público (Poder ou órgão omissor)”.

É extremamente amplo o alcance do Mandado de Injunção, sendo que esta ação constitucional representa a ruptura dos modelos constitucionais ineficientes ou parcialmente ineficientes, vez que se entrega ao indivíduo a possibilidade de reivindicar o respeito à regra originadora ou assecuratória de direito seu, para cujo exercício requer-se norma em que a superveniência incorreu.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data**. 17ª ed. Atualizada por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1996.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 450.

¹¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. MI 107 – DF.

O peso extraordinário desse remédio constitucional inserido no sistema constitucional brasileiro repousa na circunstância de que, através dele, não se manda que alguém faça ou deixe de fazer algo, mas faz-se pela própria ação e manda-se que se acate a regra constitucional e assegure-se o direito, a liberdade ou a prerrogativa.

A ação de Mandado de Injunção realiza *per si* a integração do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional ao fato sobre o qual deve ele se fazer valer, sem que se aguarde a norma que realizaria, se tivesse sido positivada, oportuna e celeremente, o elo entre o preceito constitucional e o exercício aspirado do direito, liberdade ou prerrogativa estatuída.

O que se busca, pois, no Mandado de Injunção é que o Poder Judiciário integre a regra jurídica constitutiva ou assecuratória do direito ou prerrogativa enfocada na hipótese concreta com os elementos de que carece para que possa ter inteira aplicação e com os meios que lhe faltam para que possa ser plenamente efetivada nos termos constitucionalmente previstos e que persistem como lacunas por balda de norma prevista e que não adveio.

Como ensina José Afonso da Silva¹², a finalidade precípua do *writ* é “conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação”.

Marcelo Figueiredo¹³ faz a seguinte leitura do artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988: “O Poder Judiciário concederá ordem de injunção toda vez que, em razão de falta de norma jurídica, direito ou liberdade constitucional não possa ser fruído, exercido, aproveitado pelo impetrante”.

Conclui-se ser mais acertada a posição defendida por Alexandre de Moraes ao dizer que as omissões que dão margem ao Mandado de Injunção são relativas às normas constitucionais de eficácia limitada, de princípio institutivo e de caráter impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade.

Assim os requisitos para a existência da ação de Mandado de Injunção se caracterizam pela falta de norma regulamentadora de uma previsão constitucional, ou seja, a omissão do Poder Público, e pela inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Como tal, entende-se por norma regulamentadora aquela de qualquer grau hierárquico, podendo ter a natureza de lei complementar, ordinária, regulamento, resolução,

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 451.

¹³ FIGUEIREDO, Marcelo. **O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo: RT, 1991. p. 31.

portaria, decisões administrativas normativas, desde que sua ausência inviabilize um direito previsto constitucionalmente. Exige-se somente que tal norma tenha caráter de norma geral.

Sobre os requisitos tem-se a manifestação do Supremo Tribunal Federal¹⁴ no sentido de que:

A estrutura constitucional do mandado de injunção impõe, como um dos pressupostos essenciais de sua admissibilidade, a ausência de norma regulamentadora. Essa situação de lacuna técnica – que se traduz na existência de um nexos causal entre *vacuum jûris* e a impossibilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania – constitui requisito que condiciona a própria impetrabilidade desse novo remédio instituído pela Constituição de 1988.

Desta feita, o mandado de injunção, previsto no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição do Brasil de 1988, é um dos remédios constitucionais e, segundo o Supremo Tribunal Federal, é uma ação constitucional a ser utilizada em um caso concreto, individual ou coletivamente, com a finalidade principal do Poder Judiciário dar ciência ao Poder Legislativo ou Executivo sobre a ausência de norma regulamentadora que torne viável o exercício dos direitos e garantias constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

3. A NOVA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE OS EFEITOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Insculpido no Estado Democrático de Direito, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais inseridas na Constituição Federal, de acordo com o art. 5º, § 1º, da CF/88, têm aplicação imediata. O termo “aplicação”, não se confunde com “aplicabilidade”, segundo a teoria de José Afonso da Silva que classifica as normas de eficácia plena e contida como tendo aplicabilidade direta e imediata, e as de eficácia limitada possuidoras de aplicabilidade mediata ou indireta.

Ter aplicação imediata, segundo definição de José Afonso da Silva, significa que as normas constitucionais são:

“dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam. A regra é que as

¹⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. MI 81-6-DF, publicado no DJU, de 25.05.90, acórdão relatado pelo Min. Celso de Mello.

normas definidoras de direitos e garantias individuais sejam de aplicabilidade imediata. Mas aquelas definidoras de direitos sociais, culturais e econômicos nem sempre o são, porque não raro dependem de providências ulteriores que lhes completem a eficácia e possibilitem sua aplicação”¹⁵.

Desta feita,

“por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, de eficácia limitada e aplicabilidade indireta”¹⁶.

E continua José Afonso da Silva a explicar que:

“em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”¹⁷.

Com relação à eficácia dos julgamentos do Mandado de Injunção, uma questão que muito certamente provocou a recalcitrância do Pretório Excelso em dar a devida interpretação ao *writ* diz respeito à tripartição dos poderes, esculpida no art. 2º da Constituição Federal de 1988. Durante anos pairou sobre o Supremo Tribunal Federal a ideia de que o Judiciário estaria usurpando função que é própria do Legislativo ao manifestar-se efetivamente sobre o Mandado de Injunção.

Entretanto, outra não foi a vontade do Constituinte senão a de que o Judiciário, por meio da equidade, que é a marca registrada do Mandado de Injunção, solucionasse o caso concreto criando a norma. O esquema inicial rígido, pelo qual uma dada função corresponderia a um único órgão, foi substituído por outro onde cada poder, de certa forma, exercita as três funções jurídicas do Estado: uma com caráter dominante e as outras duas de maneira excepcional ou em caráter meramente subsidiário daquele. Assim, constata-se que os órgãos estatais não exercem simplesmente as funções próprias, mas desempenham também funções denominadas atípicas, ou próprias de outros órgãos.

Com relação ao Mandado de Injunção, “não vislumbramos nenhum óbice em atipicamente, o Poder Constituinte Originário conceder atribuições ao Poder Judiciário para,

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, Malheiros, 6ª ed., p. 408.

¹⁶ Idem. p. 409.

¹⁷ Idem. p. 409.

supletivamente, no caso concreto, criar a norma regulamentadora individual e possibilitar a fruição do direito por parte do interessado¹⁸”.

Por outro lado, desde a promulgação da Constituição de 1988, instalou-se uma grande discussão em torno da amplitude desta nova ação constitucional. A importância desse debate extrapola os círculos acadêmicos e forenses e sua peculiar erudição. Ao se discutir o Mandado de Injunção está-se levantando a questão do papel do Poder Judiciário no bem estar e efetivação dos direitos fundamentais quando se mostrar omissivo o Estado.

Consoante brilhante definição da Ministra Cármen Lúcia¹⁹, no julgamento de vários Mandados de Injunção “o mandado de injunção é ação constitucional de natureza mandamental, destinada a integrar a regra constitucional ressentida, em sua eficácia, pela ausência de norma que assegure a ela o vigor pleno”.

Sendo o mandado de injunção ação constitucional de natureza mandamental, ao julgá-lo o Supremo Tribunal tem a obrigação de proferir suas decisões no sentido de dar maior alcance e efetivação aos direitos fundamentais até então inexistentes por omissão normativa. Segundo Pedro Lenza²⁰, “qualquer outro entendimento geraria o mais nefasto sentimento de frustração e desprestígio aos direitos fundamentais, reduzindo a importante conquista do MI a um nada”.

Ocorre que não é pacífica, nem entre a doutrina ou jurisprudência, a natureza do Mandado de Injunção e a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Percebe-se na evolução jurisprudencial do Pretório Excelso, que se confunde também com a evolução doutrinária, o surgimento de algumas correntes que foram se formando acerca de qual seria a atividade desempenhada pelo Poder Judiciário nesse *writ*.

O Professor Marcelo Novelino²¹ expõe com clareza a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto, indicando as quatro correntes existentes:

a) Posição concretista geral: a ausência de norma regulamentadora autoriza o suprimento da omissão pelo Poder Judiciário com efeito *erga omnes*, por meio da elaboração de norma geral. Esse entendimento não possui grande aceitação doutrinária por conflitar com o princípio da separação dos poderes (“legislador positivo”). Se nem a Ação Direta de

¹⁸ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção** – Um Instrumento de Efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999. p 122.

¹⁹ Brasil. Supremo Tribunal Federal: MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF.

²⁰ LENZA, Pedro. **O mandado de injunção enquanto ação constitucional de natureza mandamental - a consolidação da posição concretista**. Disponível em: <http://pedrolenza.blogspot.com.br/2011/05/o-mandado-de-injuncao-enquanto-acao.html>. Acesso em 06 set. 2012.

²¹ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008.

Inconstitucionalidade por Omissão, instrumento de controle abstrato, possui esta eficácia, não faria sentido que o Mandado de Injunção, instrumento de controle concreto, pudesse produzi-la. No entanto, em decisões recentes acerca do direito de greve dos servidores públicos, esta foi a corrente adotada pela maioria dos Ministros do STF, como se poderá ver adiante no voto do Min. Gilmar Mendes.

b) Posição concretista individual: o Judiciário deve criar a norma para o caso específico, tendo a decisão efeito *inter partes*. Havendo a ausência de norma regulamentadora o próprio tribunal irá suprir a lacuna e implementar a eficácia da norma. É a posição adotada pela maioria da doutrina pátria, como é o caso do professor Novelino e também por alguns Ministros do STF, como é o caso do Min. Marco Aurélio.

c) Posição não concretista: o Poder Judiciário deve apenas reconhecer formalmente a inércia e comunicar a omissão ao órgão competente para elaboração da norma regulamentadora. Todavia, isso não significa que o Mandado de Injunção não produza qualquer efeito de ordem prática, uma vez que, fixada a mora do poder competente, poderá o impetrante ajuizar uma ação de reparação patrimonial para ressarcimento dos prejuízos decorrentes da omissão. Ao adotar este posicionamento, o que se fez durante vários anos, o STF confere ao Mandado de Injunção o mesmo efeito da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, não admitindo, por conseguinte, o cabimento de medida liminar.

d) Posição concretista intermediária: o Poder Judiciário deve, em um primeiro momento, comunicar a omissão ao órgão competente para a elaboração da norma regulamentadora, fixando um prazo para supri-la. Expirado o prazo, caso a inércia permaneça, o impetrante poderá exercer o direito conforme as condições fixadas na decisão.

A posição até então dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era a não concretista, sendo inúmeros os julgados no sentido de que o efeito das decisões em sede do Mandado de Injunção era tão-só declarar a mora do Poder Público para que tome as providências cabíveis, como se pode observar pela leitura do julgado abaixo:

O novo '*writ*' constitucional, consagrado pelo art. 5º, LXXI, da Carta Magna, não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O Mandado de Injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico 'impõe' ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do poder. Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional – único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada – e considerando que, embora previamente cientificado no MI n. 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, absteve-se de

adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, tornando-se prescindível nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório²².

O acórdão paradigmático dessa posição é o proferido pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do Mandado de Injunção nº 107 – DF, que por ora transcrevemos sua ementa:

EMENTA: MI. ESTABILIDADE DE SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. ART. 24, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FALTA DE LEGITIMAÇÃO PARA AGIR – Esta Corte, recentemente, ao julgar o MI 188, decidiu por unanimidade que só tem ‘*legitimatío ad causam*’ em se tratando de mandado de injunção, quem pertença a categoria a que a Constituição Federal haja outorgado abstratamente um direito, cujo exercício esteja obstado por omissão com mora na regulamentação daquele. – Em se tratando, como se trata, de servidores públicos militares, não lhes concedeu a Constituição Federal direito a estabilidade, cujo exercício dependa de regulamentação desse direito, mas, ao contrário, determinou que a lei disponha sobre a estabilidade dos servidores públicos militares, estabelecendo quais os requisitos que estes devem preencher para que adquiram tal direito. – Precedente do STF: MI 235. Mandado de Injunção não conhecido²³.

Decidindo dessa forma, o Supremo Tribunal Federal mostra que adotou efeitos idênticos aos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, tornando inócua, impraticável e inaplicável o Mandado de Injunção. Mais acertado foi o entendimento do Min. Marco Aurélio²⁴, que salientou, *in verbis*:

“... a meu ver, deve viabilizar o exercício, em si, do direito, porque senão de Mandado de Injunção não se tratará, nem, tampouco, de sentença harmônica com esse instituto, mas de uma sentença pertinente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão...”.

Com isso, no MI 232-1 vieram os primeiros avanços. O *writ* tratou da isenção de contribuições para a seguridade social, garantida às entidades beneficentes, pelo § 7º do art. 195 da Constituição Federal de 1988, desde que atendidas as “exigências estabelecidas em lei”. Sucede que o art. 59 do ADCT fixou o prazo máximo de seis meses para que o Executivo apresentasse os projetos de lei, e mais seis meses para que o Congresso os apreciasse. Como de hábito, os prazos não foram respeitados, e o Supremo Tribunal Federal avançou decidindo no sentido de, não apenas declarar a mora do Congresso Nacional, como até então acontecia, mas fixar-lhe um novo prazo (de seis meses) e fazê-lo com um provimento cominatório:

²² Brasil. Supremo Tribunal Federal. MI 284 – DF – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 26/06/1992.

²³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. MI 107/DF; Rel. Min. Moreira Alves. DJU 02/08/91.

²⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. MI 232. Rel. Min. Moreira Alves – DJ 27/03/92.

“vencido o prazo sem que essa obrigação se cumpra, passará o requerente a gozar da imunidade pleiteada”.

Entende o Ministro Moreira Alves²⁵, *in verbis*: “... Peço vênia para entender que o Mandado de Injunção tem desfecho concreto, não implica simplesmente uma vitória de pirro para o impetrante. O Mandado de Injunção deve viabilizar o exercício de direito previsto na Carta...”.

Atualmente, esta é a posição que vem recebendo maior aceitação no âmbito doutrinário ao reconhecer que é tarefa do Poder Judiciário criar, para o caso levado a sua apreciação, norma individual com validade e eficácia *inter partes*. Apesar disso, algumas críticas também vêm sendo opostas com relação a esta posição, residindo na circunstância de que a regulamentação somente para o caso concreto possivelmente implicaria em risco ao princípio da isonomia e, também, ser de difícil compatibilização com a função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, foi nesse sentido que o Supremo passou a discutir o verdadeiro papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos previstos nas normas de eficácia limitada à luz dos princípios da Separação dos Poderes, da supremacia da Constituição, e da máxima efetividade e força normativa das normas constitucionais.

E, felizmente, parece que o Supremo Tribunal Federal tem caminhado no sentido de dar concretude aos direitos constitucionais previstos ao concluir o julgamento de três Mandados de Injunção – MI 670, MI 708 e MI 712, adotando a posição concretista geral para garantir o exercício do direito de greve dos servidores públicos.

Imprescindível que se transcreva aqui excertos do brilhante voto do Min. Celso de Mello dado no MI 712-PA que traduz muito bem toda essa evolução pela qual passou o instituto do Mandado de Injunção:

Decorridos quase 19 (dezenove) anos da promulgação da vigente Carta Política, ainda não se registrou - no que concerne à norma inscrita no art. 37, VII, da Constituição - a necessária intervenção concretizadora do Congresso Nacional, que se absteve de editar, até o presente momento, o ato legislativo essencial ao desenvolvimento da plena eficácia jurídica do preceito constitucional em questão, não obstante esta Suprema Corte, em 19/05/1994 (há quase 13 anos, portanto), ao julgar o MI 20/DF, de que fui Relator, houvesse reconhecido o estado de mora (inconstitucional) do Poder Legislativo da União, que ainda subsiste, porque não editada, até agora, a lei disciplinadora do exercício do direito de greve no serviço público.

Registra-se, portanto, quase decorrido o período de uma geração, clara situação positivadora de omissão abusiva no adimplemento da prestação legislativa imposta, pela Constituição da República, ao Congresso Nacional.

²⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. MI 232. Rel. Min. Moreira Alves – DJ 27/03/92.

Na realidade, o retardamento abusivo na regulamentação legislativa do texto constitucional qualifica-se - presente o contexto temporal em causa - como requisito autorizador do ajuizamento da ação de mandado de injunção, pois, sem que se configurasse esse estado de mora legislativa - caracterizado pela superação excessiva de prazo razoável -, não haveria como reconhecer-se ocorrente, na espécie, o próprio interesse de agir em sede injuncional, como esta Suprema Corte tem advertido (RTJ 158/375, Rel. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE) em sucessivas decisões:

"MANDADO DE INJUNÇÃO. (...). PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DO MANDADO DE INJUNÇÃO (RTJ 131/963 - RTJ 186/20-21). DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO/DEVER ESTATAL DE LEGISLAR (RTJ 183/818-819). NECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE MORA LEGISLATIVA (RTJ 180/442). CRITÉRIO DE CONFIGURAÇÃO DO ESTADO DE INÉRCIA LEGIFERANTE: SUPERAÇÃO EXCESSIVA DE PRAZO RAZOÁVEL (RTJ 158/375). (...)."

(MI 715/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "in" Informativo/STF nº 378, de 2005) O caso em exame, como precedentemente acentuado, revela - considerada a superação irrazoável do lapso temporal já decorrido - um retardamento abusivo do dever estatal de legislar sobre a espécie ora em análise. Essa omissão inconstitucional do Poder Legislativo, derivada do inaceitável inadimplemento do seu dever de emanar regramentos normativos - encargo jurídico que foi imposto ao Congresso Nacional pela própria Constituição da República - encontra, neste "writ" injuncional, um poderoso fator de neutralização da inércia legiferante e da abstenção normatizadora do Estado.

O mandado de injunção, desse modo, deve traduzir significativa reação jurisdicional, fundada e autorizada pelo texto da Carta Política que, nesse "writ" processual, forjou o instrumento destinado a impedir o desprestígio da própria Constituição, consideradas as graves conseqüências que decorrem do desrespeito ao texto da Lei Fundamental, seja por ação do Estado, seja, como no caso, por omissão - e prolongada inércia - do Poder Público.

Não obstante atribuisse, ao mandado de injunção, desde o meu ingresso neste Supremo Tribunal, a relevantíssima função instrumental de superar, concretamente, os efeitos lesivos decorrentes da inércia estatal - posição que expressamente assumi, nesta Suprema Corte, no MI 164/SP, de que fui Relator (DJU de 24/10/89) -, devo reconhecer que a jurisprudência firmada na matéria pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal orientou-se, de modo claramente restritivo, em sentido diverso.

A jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do MI 107/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES (RTJ 133/11), fixou-se no sentido de proclamar que a finalidade, a ser alcançada pela via do mandado de injunção, resume-se à mera declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, a ser meramente comunicada ao órgão estatal inadimplente, para que este promova a integração normativa do dispositivo constitucional invocado como fundamento do direito titularizado pelo impetrante do "writ".

Esse entendimento restritivo não mais pode prevalecer, sob pena de se esterilizar a importantíssima função político-jurídica para a qual foi concebido, pelo constituinte, o mandado de injunção, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Congresso Nacional, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum.

(...)

Por tais razões, Senhora Presidente, peço vênias para acompanhar os doutos votos dos eminentes Ministros EROS GRAU (MI 712/PA) e GILMAR MENDES (MI 670/ES), em ordem a viabilizar, desde logo, nos termos e com as ressalvas e temperamentos preconizados por Suas Excelências, o exercício, pelos servidores públicos civis, do direito de greve, até que seja colmatada, pelo Congresso Nacional,

a lacuna normativa decorrente da inconstitucional falta de edição da lei especial a que se refere o inciso VII do art. 37 da Constituição da República²⁶.

Esse novo posicionamento do STF se deve principalmente ao fato de que entre os anos de 2000 e 2006 oito Ministros da Suprema Corte se aposentaram, sendo substituídos por novos Ministros, com pensamentos, posicionamentos e princípios diversos dos seus antecessores. Percebe-se, portanto, a nítida preocupação dos membros atuais da Corte em não permitir que os dispositivos constitucionais se degradem a ponto de deixar sua eficácia subalterna à vontade do legislador ordinário.

A orientação no sentido de que houve violação da separação dos poderes não merece respaldo. Ora, os ministros do STF estão diante de duas opções: ou permitem que o Legislativo e a União continuem a não regulamentar a Constituição mesmo depois de vinte anos de sua promulgação, ou passam a dar aplicabilidade a um instituto previsto na própria Constituição, mas que não foi regulamentado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 sendo dirigente e aberta, contendo, portanto, grande número de normas destituídas de aplicabilidade imediata e direta, preocupa-se em estabelecer mecanismos para a resolução da questão da inconstitucionalidade por omissão.

Para combater a omissão inconstitucional, no âmbito das técnicas estritamente jurídicas, o Texto Constitucional introduziu duas importantíssimas inovações de natureza processual no ordenamento jurídico brasileiro: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, prevista no § 2º do art. 103, e, a Ação de Mandado de Injunção, encartada no inciso LXXI do art. 5º. Estes dispositivos devem ser interpretados à luz do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

O Mandado de Injunção é instrumento de defesa de direito subjetivo, de legitimação ativa ampla e aberta. Todo e qualquer indivíduo, desde que faça jus ao direito que embasa a pretensão, é parte legítima para impetrar o Mandado de Injunção. Por outro lado, o mesmo só pode ser impetrado contra pessoa jurídica de direito público, quando esta for a competente para expedição da norma faltante. O objetivo do *writ* é a satisfação de direito ou liberdade obstada pela falta de norma regulamentadora. Por isto, a decisão reconhecendo a pretensão

²⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. MI 712-PA. Relator: Min. Eros Grau.

realiza concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício.

Apesar de contrariar a maior parte da doutrina pátria, o Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pela guarda da Constituição, acabou por assumir durante anos a fio posição que assimilava os dois instrumentos, inutilizando, na prática, o novo instituto constitucional de defesa de direitos subjetivos – o Mandado de Injunção. No entanto, no decorrer dos últimos anos parece que o entendimento está mudando, passando o mesmo a dar a real e verdadeira aplicabilidade ao instrumento da forma como foi criado pela Constituição.

No entanto, em que pese os grandes avanços verificados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se pode esquecer que ainda existem resistências à aceitação do instituto do Mandado de Injunção como remédio para a viabilização judicial do exercício de direitos subjetivos obstados pela ausência de norma regulamentadora em todo e qualquer caso. Contudo, persistirá sempre o anseio de que os avanços continuem aparecendo e que se tornem, realmente, o posicionamento dominante e consistente na Corte Suprema e em todo o Poder Judiciário do país. E que a normatividade e efetividade da Constituição Federal de 1988 sejam garantidas para que os direitos humanos possam, verdadeiramente, ser assegurados de forma concreta para todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sítio eletrônico:
<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Diversos julgados.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo: RT, 1991.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11^a ed. São Paulo: Método, 2007.

LENZA, Pedro. **O mandado de injunção enquanto ação constitucional de natureza mandamental - a consolidação da posição concretista**. Disponível em:

<http://pedrolenza.blogspot.com.br/2011/05/o-mandado-de-injuncao-enquanto-acao.html>.
Acesso em 06 set. 2012.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção** – Um Instrumento de Efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data**. 17ª ed. Atualizada por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e Habeas Data: constituição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Mandado de Injunção na ordem constitucional brasileira. **Revista Análise e Conjuntura**, Belo Horizonte: v. 3, n. 3, p. 12-19, set./out. 1988.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. Malheiros. 6ª ed. São Paulo: Malheiros.

SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. **Lineamentos do Mandado de Injunção**. São Paulo: RT, 1993.