

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

FRANCISCO HILTON DE OLIVEIRA JÚNIOR

INEFICÁCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Fortaleza, Ceará.

Novembro de 2009.

FRANCISCO HILTON DE OLIVEIRA JÚNIOR

INEFICÁCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Monografia submetida à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Rafael Rocha

Fortaleza, Ceará

Novembro de 2009.

FRANCISCO HILTON DE OLIVEIRA JÚNIOR

INEFICÁCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Monografia submetida à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Apresentada em: 19/11/2009.

Banca examinadora

Rafael Rocha(Orientador)

Universidade Federal do Ceará-UFC

Wagneriana Lima Temóteo

Universidade Federal do Ceará-UFC

Daniel Maia

Universidade Federal do Ceará-UFC

CONCEITO FINAL: _____

Aos meus pais, Francisco Hilton de Oliveira e Gecilda Xavier Lima, e ao meu irmão Asclebio, pela compreensão e dedicação que fizeram com que eu ultrapassasse as barreiras difíceis, atingindo o objetivo a que me propus.

RESUMO

O presente trabalho visa mostrar um breve histórico da fonte de inspiração do constituinte referente ao mandado de injunção buscando identificar, a sua instalação na Constituição Federal, a sua aplicabilidade e a sua eficácia do referido instituto. E para viabilizar e assegurar o exercício desse direito e sua satisfação, serão expostas algumas sugestões com a finalidade de identificar se o judiciário brasileiro está realizando a verdadeira eficácia do *writ* constitucional em suas decisões, tendo como papel preponderante a comunicação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, uma vez que estamos diante de uma omissão do legislador frente ao exercício do direito constitucionalmente assegurado.

Palavras-Chave: mandado de injunção, inconstitucionalidade por omissão, STF, eficácia do mandado de injunção.

ABSTRACT

This work aims to show a brief history of the source of inspiration of constituent regarding to the writ of injunction seeking to identify its position in the Federal Constitution, its applicability and effectiveness. And to facilitate and ensure the exercise of this right and its satisfaction, I will outline some suggestions in order to identify if our judiciary is performing the true effectiveness of the constitutional writ in its decisions, as the communication of the judiciary with the legislature has an outweighing role, because we are dealing with an omission from the legislator and the exercise of the right.

Keywords: writ of injunction, unconstitutionality by omission, Supreme Court writ of injunction effectiveness.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. ASPECTOS GERAIS DO MANDADO DE INJUNÇÃO	10
2.1 Origem	10
2.2 Conceito.....	12
2.3 Legitimidade	13
2.4 Competência	15
2.5 Pressuposto	17
3. EFEITOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	22
3.1 Julgamento	22
3.2 Recurso	25
3.3 Execução	26
3.4 Mandado de Injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão	27
4. MANDADO DE INJUNÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	31
4.1 Correntes Existentes	31
4.2. Recentes Decisões do Supremo Tribunal Federal e a Ineficácia do Mandado de Injunção.....	33
5. JULGADOS DO INSTITUTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	40
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	48

1. INTRODUÇÃO

O mandado de injunção tem sido objeto de constante preocupação entre juristas constitucionalistas. A Carta Constitucional de 1988, elencou este instituto como garantia constitucional, inserido no rol “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (Titulo II da Constituição Federal). Com isso, surgiram diversas formas de desvendar qual a verdadeira eficácia conferida pelo legislador maior ao art. 5º, LXXI.

Com a evolução da sociedade surge uma nova interpretação do mandado de injunção. Tal interpretação envolve não somente Direito e liberdades previstos constitucionalmente, mas também prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e a cidadania, especialmente devido à falta de norma regulamentadora, que torna inviável o exercício desses direitos e prerrogativas, servindo este instituto como remédio constitucional. Vale ressaltar que o art.5º da Constituição Federal de 1988 consagra em um de seus incisos o mandado de injunção e o §1º desse mesmo artigo inseriu o seguinte mandamento: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

O judiciário brasileiro vem convivendo de forma rotineira a com problemática da interpretação e aplicabilidade do mandado de injunção no caso concreto na busca da satisfação do direito. Desta forma, a Suprema Corte está assumindo o papel de legislador, gerando assim um conflito de competência constitucional em relação aos poderes, mais precisamente no que concerne à independência entre os mesmos.

Outra forma que demonstra o envolvimento do judiciário na eficácia das normas constitucionais está na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que consiste no pedido de expedição de norma regulamentadora de dispositivos previstos na constituição. Contudo, muitas vezes, esses dois institutos entram em conflito gerando uma insegurança jurídica em virtude de suas equivalências.

No presente trabalho, será abordado o sistema interpretativo do mandado de injunção em relação a nova visão do Supremo Tribunal Federal, o qual vem se posicionando, majoritariamente, de acordo com o caráter concretista geral da aplicação do referido instituto satisfazendo o direito pleitado pelo impetrante com efeito “*erga omnes*” da decisão, ou seja, indiretamente o Poder Judiciário legisla no caso concreto através da Suprema Corte.

Como objetivo principal, será delineado o estudo do mandado de injunção a partir da interpretação oferecida sobre o instituto pela doutrina e pela jurisprudência, com a finalidade de entender a sua eficácia perante o Poder Judiciário, expondo, desta forma, sua verdadeira aplicabilidade no caso concreto.

No primeiro capítulo, será abordado o surgimento do mandado de injunção no ordenamento jurídico brasileiro não só com relação à sua fonte de inspiração, mas também, no tocante à competência, legitimidade ativa e pressupostos de admissibilidade.

No segundo capítulo, serão abordados os efeitos do mandado de injunção em confronto interpretativo com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

No terceiro capítulo, serão analisados as correntes existentes no Supremo Tribunal Federal, buscando expor cada corrente e asseverando críticas às teorias já existentes e às novas teorias aplicadas em sede de mandado de injunção.

Finalmente, no último capítulo, serão trazidos alguns exemplos jurisprudenciais relatando as diferentes posturas dos magistrados e tribunais a respeito do assunto.

2 ASPECTOS GERAIS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

2.1. Origem

O estudo sobre a origem do mandado de injunção nos remete à compreensão desse instituto processual no direito inglês, no norte-americano, no italiano, no francês, no alemão e no português. Para isso, é necessário enfatizar um breve comentário sobre a gênese desse dispositivo constitucional nos trabalhos da Assembléia Constituinte.

Inicialmente a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais quando da apresentação do seu anteprojeto de Constituição, propôs uma medida judicial concreta para solucionar as omissões inconstitucionais, nos seguintes termos: “ Na falta ou omissão de lei prevista para discipliná-la(a Constituição), o juiz decidirá o caso, de modo a atingir os fins da norma constitucional” (art. 10, §1º). Portanto, na fase dos trabalhos das Subcomissões Temáticas por meio da Sugestão Constituinte nº 155-4, de 27-03-1987(Diário da Assembléia Nacional Constituinte, de 27-04-1987 – Suplemento nº51, p. 99), apresentada pelo senador Virgílio Távora e do deputado Carlos Virgílio, continha a proposta originária do mandado de injunção, com a seguinte redação:

“Sempre que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança.”

Com isso, logo após, surgiram diversas sugestões a respeito do tema que tinha como propósito assegurar a efetividade das normas constitucionais que exigissem regulamentação por parte do legislador ordinário, inclusive no que se refere a sua nomenclatura, sendo estabelecida como o novo remédio constitucional. Mas, foi na Comissão de Sistematização que o instituto recebeu o nome de mandado de injunção e aprovado nos termos da atual Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LXXI, a seguinte redação:

“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.”

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (1999, p.31) a injunção se originou no direito inglês sendo um instrumento típico da equit, sistema jurídico criado durante a dinastia dos tudors, quando passaram a vigor dois sistemas jurídicos: a equit, aplicada pela Court of Chancery, e a common law, aplicada pelas Courts of Common Law. Ambos funcionam, fundamentalmente, na base dos precedentes, ou seja, decisões judiciais sobre determinados temas que vinculam os julgamentos posteriores que são decididos sobre matéria semelhante.

A injunção no direito dos Estados Unidos da América, inicialmente utilizada para relações interprivadas, principalmente no campo contratual, e no trabalhista, acabou se afirmando como um dos principais instrumentos de garantias dos direitos civis e dos direitos fundamentais com sede constitucional.

Contudo, a doutrina brasileira apresenta variáveis para explicar a origem do instituto. No direito alemão a Verfassungsbeschwerde é uma ação constitucional alemã que vem sendo admitida para a impugnação tanto de comportamentos omissivos como comissivos de autoridades, desde que fique demonstrado que ocorreu lesão a um direito fundamental.

Após essa passagem pelo direito alienígena, o que se vislumbra no Direito Comparado, Francisco Antônio Oliveira, em monografia sobre o tema, salienta:

“O instituto da injunção ora outorgado, embora com raízes no direito inglês e americano, com influência do direito português, não encontra similar no direito alienígena nos moldes em que foi concebido pelo constituinte brasileiro a não ser no nomen iuris. Constitui remédio eficaz para coibir abusos generalizados de órgãos públicos e particulares. Até a sua vinda, a inaplicabilidade poderia ser obstada por alguma formalidade e as normas programáticas se projetam ad eternum...”

2.2 Conceito

O mandado de injunção é uma ação constitucional que veio juntamente com a Constituição Federal de 1988 como uma forma inovadora. Não existe, um conceito epistemológico do referido instituto, ocasionando uma dificuldade de conceituar algo sob pena de incidir na incompletude que engloba a essência daquilo que se está sendo detectado objetivamente, especialmente, daquilo que é novo. Com isso, tentaremos explicar o mandado de injunção através de suas características, uma vez que o instituto surgiu de forma inovadora pela Carta Magna. Será feita ainda uma análise comparativa do mandado de injunção com outros institutos similares no Direito Pátrio e alienígena.

Para uma melhor definição do instituto faz-se necessário uma prévia leitura do texto constitucional onde o mesmo foi introduzido. Reza o dispositivo constitucional o seguinte, “ *in verbis*”:

Art. 5º. – omissis

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.

Portanto, o mandado de injunção é o meio constitucional posto a disposição de qualquer pessoa seja física ou jurídica de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Contudo, devemos ressaltar que esta soberania é a soberania popular, porque a soberania do Estado é realizada pelo próprio Estado. No entanto, o objeto desse instituto se torna possível ante a inação do Poder Público em expedir normas regulamentadoras para efetividade do exercício desses direitos previstos pelo texto constitucional.

Consoante o escólio de Gilmar Ferreira Mendes (MENDES: 1999: 302) “O art. 5º LXXI da Constituição previu, expressamente, a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Assim, o nosso mandado de injunção não é o mesmo *writ* dos ingleses e norte-americanos, assemelhando-se apenas na denominação ao fato de que o mesmo não é remédio constitucional para qualquer tipo de omissão legislativa, mas apenas para aquela que afete o exercício de direitos constitucionais fundamentais.

2.3 Legitimidade

Qualquer pessoa que tenha sido afetada em algum direito fundamental consagrado na constituição será legitimado ativo em face do mandado de injunção. Vale dizer que não é necessário que a pessoa seja cidadão no sentido próprio da expressão, pois mesmo aquele que esteja com seus direitos políticos suspensos, ou mesmo o estrangeiro residente no país estarão legitimados para propor a ação.

A legitimidade ativa *ad causam* refere-se a qualquer pessoa a que tenha sido atribuído de forma abstrata pela própria constituição tal titularidade, cujo o exercício esteja sendo impedido por uma situação de inação por parte do Poder Público e objetivamente configurada pela ausência de norma regulamentadora.

A própria Corte Suprema nacional firmou entendimento de que nesse aspecto exige-se somente que o impetrante alegue e demonstre pertencer a categoria de pessoas a que, em texto constitucional, abstratamente, se outorga direitos e, por falta de regulamento, tem seu exercício inviabilizado.

A legitimidade passiva traz consigo divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Isso se justifica em razão da relação que existe entre a legitimação para agir e os efeitos da decisão do mandado de injunção.

A legitimidade *ad causam* passiva deve caber àquela pessoa, física ou jurídica, que esteja obstando ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa prevista pela constituição em razão de sua inércia. Não se deve admitir que o órgão competente para elaborar a norma regulamentadora figure no pólo passivo da relação processual. É importante ressaltar que o sujeito passivo no processo do mandado de injunção não é o órgão que seria competente para editar a norma regulamentadora e sim aquele em face do qual o impetrante quer exercer o direito, a liberdade ou a prerrogativa.

Portanto, de acordo com a visão do Supremo Tribunal Federal, no que concerne à legitimidade passiva, torna-se mais eficaz o mandado de injunção, ao se aceitar a premissa de que deve figurar no pólo passivo tanto o órgão ou autoridade a quem cabe praticar o ato inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, como também o órgão ao qual se imputa a omissão, a quem deve dar ciência para as providências tendentes a suprir a lacuna legal. O Ministro do STF Carlos Veloso, na palestra que proferiu ao lado do constituinte Michel Temer, foi enfático nesse sentido, como se pode depreender: “Penso que o órgão omissor – o Congresso Nacional, por exemplo – o órgão que deve efetivar a regulamentação, que deve emitir a norma regulamentadora, deve participar na condição de litisconsórcio necessário”. Posição que evidentemente vai de encontro ao verdadeiro perfil do mandado de injunção traçado por nossa doutrina.

Com relação à figura do Ministério Público, com a promulgação da Constituição de 1988, é possível destacar que no mandado de injunção sua participação é obrigatória, não apenas como fiscal da lei.

Com o advento da Lei Complementar nº 75, de 20 de Maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, temos que:

Art. 6º. – Compete ao Ministério Público da União:

VII - promover outras ações, nelas incluído o mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando difusos os interesses a serem protegidos;

Portanto, com o advento da Lei Complementar supra mencionada temos a legitimidade ativa do Ministério Público para ingressar com o mandado de injunção.

2.4 Competência

Especialmente em relação ao mandado de injunção a Constituição da República Federativa do Brasil, trouxe de forma expressa a sua competência, no entanto, é de se constatar que o legislador constituinte tratou a matéria em razão da pessoa ou *ratione personae*, quando dispôs sobre a competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Competência originária e recursal do Supremo Tribunal Federal de acordo com a Constituição de 88:

Art. 102. – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a)

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas

Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

II – julgar, em recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data*, e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

Competência originária do Superior Tribunal de Justiça de acordo com a Constituição de 88:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente:

a)

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da justiça militar, da justiça eleitoral, da justiça do trabalho e da justiça federal.

2.5 Pressupostos

Por ser um remédio constitucional inovador no ordenamento jurídico trazido pela Constituição de 1988, constatamos a hipótese de incidência que o legislador constituinte buscou para viabilizar ou possibilitar a fruição de quais direitos, quanto a aplicação do mandado de injunção.

A nossa Constituição diz que o mandado de injunção deverá ser concedido quando a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A partir daí surgem divergências doutrinárias quanto à extensão dos direitos e liberdades tutelados pela injunção. É possível destacar três correntes doutrinárias, a restritiva, a intermediária e a abrangente.

Na corrente doutrinária restritiva há uma redução da interpretação do campo de incidência do mandado de injunção. Aqui, o referido instituto alcança somente os direitos que podem ser inviabilizados por inação do Poder Público. Há uma interpretação restritiva ao alcance do mandado de injunção, abrangendo apenas os direitos inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania.

Na corrente intermediária há uma interpretação sistemática. O alcance do mandado de injunção seria estendido aos direitos consagrados no Título II da Constituição, que se refere aos direitos individuais e coletivos, sociais, à nacionalidade e aos direitos políticos.

Assim, esta corrente doutrinária enfatiza que o *mandamus* poderá ser impetrado para garantia de todos os direitos, liberdades e prerrogativas constantes do Título II da Constituição. Apesar de correta, é importante destacar, o mandado de injunção poderá alcançar uma extensão ainda maior do que a prevista por essa corrente.

Na corrente abrangente temos uma interpretação elástica, partindo da premissa que as garantias constitucionais devem ser aplicadas da forma mais ampliativa possível e nunca restritivamente.

Essa corrente afirma que o mandado de injunção deve abranger o direito tutelado estabelecido pelo legislador constituinte na redação de seu inciso, bem como deverá tutelar todos os enunciados na Constituição em normas que reclamam a falta de norma regulamentadora como condição do exercício do direito ou da liberdade estabelecida pela Constituição.

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

Portanto, o mandado de injunção tem a finalidade de realizar concretamente para o impetrante o exercício do direito que está sendo inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, ou seja, a inação do Poder Público.

Nesse diapasão, Willis Santiago Guerra Filho(1999, p. 70) ressalta que

“a efetividade a ser conferida por meio da injunção se estenderia também, por esse artifício legislativo, aos que se vissem prejudicados em sua condição de brasileiro (nacionalidade), de detentor originário do poder político (soberania) ou de eleitor e elegível (cidadania) por normas que não aquelas encerradas na Constituição, ou seja, norma infraconstitucional, a reclamar regulamentação. Daí a distinção feita, frisando que se trata de meio jurisdicional para defender direitos e liberdades constitucionais e fundamentais, previstos por todo corpo da Lei Maior, e não apenas no art.

5º, como se insinuou já em interpretação absurda – como também de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, não importando que sejam elas oriundas ou de norma constitucional, como importa para os direitos e liberdades referidos em separado”.

Para o exercício do direito ser viabilizado pelo impetrante é necessário que contenha os pressupostos exigidos pelo mandado de injunção que são: a) a falta de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa reclamada; b) ser o impetrante beneficiário direto do direito, liberdade ou prerrogativa que postula em juízo.

Quando falamos em norma regulamentadora estamos querendo dizer que muitos direitos previstos na Constituição necessitam de um complemento da lei, seja ela lei ordinária, seja ela lei complementar. Isto demonstra uma atitude proposital pelo legislador constituinte. Faz com que a norma constitucional para se tornar auto-aplicável necessite de uma lei no sentido geral realizada pelo Poder Público.

Em certos casos iremos nos deparar com norma constitucional que apenas supõe, por sua natureza, por indeterminação, a necessidade de uma providência do Poder Público para que se possa ser aplicada.

A partir da inação por parte do Poder Público, a aplicabilidade da norma constitucional fica dependente da elaboração da lei ou de outra providência regulamentadora. Caso a norma não seja editada por quem tenha competência para tanto, o direito previsto não poderá ser exercitado, ou seja, o direito não irá se concretizar. Daí adentramos na finalidade do mandado de injunção.

Por norma regulamentadora entenda-se aquela de qualquer grau hierárquico, podendo ter a natureza de lei complementar, ordinária, regulamento, resolução, portaria, decisões administrativas normativas, desde que sua ausência inviabilize um direito constitucional.

O alcance da expressão norma regulamentadora não está restrito apenas aos atos de competência do Poder Legislativo como também preleciona o art. 105, I, h, da Constituição de 1988, traçando a regra de competência aponta como responsável pela emissão de norma regulamentadora, “órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta”. Mas, vale ressaltar que o mandado de injunção não é autorizado pela simples falta de norma regulamentadora, mas também pela falta de norma necessária ao exercício previsto pela Constituição.

Como bem assinala Carlos Augusto Alcântara Machado (1999, p. 74);

“logo, não é a simples falta de norma regulamentadora que autoriza o mandado de injunção, mas sim a falta de norma necessária à operatividade de comando constitucional. Necessária assim, a ocorrência de lacuna, entendida com ausência de norma...”

O mandado de injunção impõe como um dos pressupostos essenciais de sua admissibilidade a ausência de norma regulamentadora. No entanto, isto constitui requisito que condiciona a própria impetrabilidade desse novo remédio instituído pela Constituição de 1988.

Entendeu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça a necessidade de o impetrante apontar o dispositivo constitucional carecedor de regulamentação, como forma de admissibilidade essencial do referido instituto, ou seja, não sendo demonstrado esse pressuposto o pedido não será aceito por quem tenha competência estabelecida pela Constituição Federal de 1988.

Portanto, em caso de descabimento do mandado de injunção, cabe ao Poder Judiciário a aplicação de forma subsidiária das disposições gerais do Código de Processo Civil. O processo é extinto sem efeito de julgamento de mérito.

Em razão do segundo pressuposto é que iremos entrar na verdadeira função do mandado de injunção, satisfazendo o direito em favor do impetrante, ou melhor dizendo, fazendo com que a norma constitucional seja aplicada em favor do impetrante, independentemente de regulamentação e exatamente porque não foi regulamentada.

Como bem assinala José Afonso da Silva (1992, p.394),

“o mandado de injunção tem, portanto, por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício, portanto, não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional”.

Por fim, vale ressaltar que várias situações decididas pelo Supremo Tribunal Federal, não autorizam a impetração do referido instituto, sob a alegação de se reclamar a edição de norma regulamentadora.

3 EFEITOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.

3.1. Julgamento

Inicialmente o julgamento do mandado de injunção compete às Cortes de Justiça e aos Tribunais e juízes, federais e estaduais, de acordo com as respectivas leis de organização judiciária conforme previsto na Constituição Federal de 1988. Desta forma, o Poder Judiciário decide concretamente o mandado de injunção.

Diante das discussões ocorridas no seio da Assembléia Nacional Constituinte, a doutrina busca identificar os institutos de direito constitucional para elucidação dos argumentos do alcance do mandado de injunção, com a finalidade de obter a real natureza do *writ*.

Através da atribuição de diversas naturezas do mandado de injunção, é possível, a depender da corrente a ser adotada, como anota Luís César Souza de Queiroz (1998,p.210-211), obter as seguintes naturezas:

- natureza declaratória, identificando o mandado de injunção com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão;
- natureza condenatória, cabendo ao Poder Judiciário conceder diretamente aquele direito pretendido;
- natureza constitutiva, tendo por objeto a criação, para o caso concreto, de norma regulamentadora necessária à viabilização do exercício do direito, de que seja titular o impetrante;
- natureza mandamental, devendo o Poder Judiciário dar ciência ao poder ou órgão omissor que se encontra em mora para que adote as providências necessárias.

Assim, a finalidade precípua do mandado de injunção é exatamente identificar a sua questão central, que diz respeito à identificação de qual tipo de providência judicial deve tomar o órgão julgador ao decidir pela sua procedência.

O Supremo Tribunal Federal em face de sucessivas impetrações de mandado de injunção faz com que ocorram diversidade de posicionamentos. Em decorrência disto, a Suprema Corte definiu uma linha a ser observada, fixando a natureza mandamental do referido instituto. No entanto, entre os próprios membros da Suprema Corte não há uniformidade de posicionamentos.

O Poder Judiciário, ao julgar o mandado de injunção, reconhece a existência da mora do Congresso Nacional e conseqüentemente comunica ao órgão competente a expedição de norma regulamentadora do dispositivo constitucional que aguarda efetividade. Esta é a corrente majoritária do Supremo Tribunal Federal que se formou a partir do julgamento do mandado de injunção nº 107.

Cumprе ressaltar, que não compete ao Poder Judiciário legislar em substituição ao Congresso Nacional, posto que a própria Constituição Federal, em seu artigo 2º, assegura a independência dos Poderes. Assim, a Justiça ao decidir o writ determinará ao impetrado a adoção das providências cabíveis, fixando-lhe, se necessário, um determinado prazo para esse fim.

Com essa decisão, que tem a natureza declaratória, o órgão julgador reconhece que o mandado de injunção assume a natureza constitutiva, pois, viabilizava o exercício do direito impossibilitado de fruição pela ausência da norma regulamentadora.

Mesmo estipulando prazo para que a omissão fosse sanada, na prática esse descumprimento não ocasionava conseqüências efetivas. Por isso, muitos julgados da Suprema Corte foram sistematicamente ignorados pelo Poder Legislativo, persistindo na omissão.

Deste modo, em face da ineficácia da providência obtida no julgamento do mandado de injunção, devido à mera comunicação ao Poder Legislativo, a Suprema Corte passou a decidir no sentido de que a persistência da mora pelo

Congresso Nacional justificava pleito de perdas e danos pela parte prejudicada, em face da impossibilidade de se exercer direito previsto na Constituição Federal. Autorizava até mesmo, o próprio exercício do mencionado direito, decorrido determinado prazo. Essa posição recebeu críticas tanto da doutrina quanto de outros pares daquela Corte que entendiam a demanda de forma diferente.

Portanto, depois de algumas decisões prolatadas, o Supremo Tribunal Federal (ex. MI 670, 708 e 712), salienta que, diante da falta de norma regulamentadora cabe ao Poder Judiciário o suprimento da lacuna. Deste modo a nossa Suprema Corte vem se posicionando, mediante sentença que, diante da omissão do Poder Legislativo a mesma regulará esta omissão em caráter geral, ou seja, com efeitos para todos que estão na mesma situação.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal por muitos anos defendeu a aplicação da teoria não-concretista, fato que tornou o mandado de injunção em um instrumento ineficaz, pois não propiciava ao impetrante o exercício do direito constitucional até então inviabilizado pela falta de regulamentação infraconstitucional. Contudo, a Suprema Corte passou a rever as decisões quanto aos seus efeitos. No entanto, não se pode afirmar que o Supremo Tribunal Federal tenha realmente adotado a teoria concretista individual ou a concretista geral, haja vista a adoção de ambas em decisões recentes.

3.2. Recursos

Em face da ausência de legislação específica acerca do mandado de injunção, aplicam-se subsidiariamente as disposições constantes no Código de Processo Civil no tocante aos prazos e tramitação dos recursos.

Os recursos cabíveis nas decisões prolatadas sobre o mandado de injunção são somente os admitidos na própria Carta Magna, sendo defeso ao Supremo Tribunal Federal estabelecer outros tipos de recursos, em virtude da ausência do § 3º do art. 119 da Constituição Federal de 1969.

Desse modo, só será possível a interposição de recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal em face de decisão denegatória decidida em única instância pelos Tribunais Superiores, conforme preceitua o art. 102, II, “a”, da Carta Magna e quando a autoridade coatora for o Presidente da República, o Congresso Nacional, a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do TCU, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio STF, nos termos do art. 102, I, “q”, da CF.

A parte interessada em razão da decisão denegatória ainda poderá interpor recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, desde que a decisão recorrida tenha sido prolatada em única ou última instância e tenha infringido dispositivos da Carta Magna ou julgue válida lei ou ato de governo local contestado em face da mesma Constituição, nos termos do art. 102, III, “a” e “c”. Necessária, também, que tal decisão viole direitos e liberdades constitucionais e questões referentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A partir da EC n. 45/2004 o cabimento do recurso extraordinário deverá ainda apresentar outro requisito como forma dependente da demonstração pelo

recorrente, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas na hipótese, nos exatos termos do art. 102, § 3º - v. a Lei n. 11418, de 19.12.2006.

O Superior Tribunal de Justiça, será competente para processar e julgar originariamente o mandado de injunção sempre que a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da Administração direta ou indireta, com exceção das supracitadas hipóteses de competência do Supremo Tribunal Federal e também dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, conforme previsão do artigo 105, I, "h".

Por fim, ressalta-se, que das decisões emanadas dos Tribunais Estaduais em mandados de injunção não será cabível recursos ordinários, mas sim recursos especiais para o STJ.

3.3. Execução

A decisão do mandado de injunção faz coisa julgada apenas entre as partes, não podendo se estender a casos análogos. Isto porque ao Poder Judiciário é defeso legislar, sendo esta competência do Poder Legislativo. Sua competência restringe-se a decidir o caso concreto que lhe é submetido. Isto para dar maior efetividade ao preceito constitucional a ser assegurado pelo mandado de injunção.

A esse respeito, assinala Hely Lopes Meirelles (2007. P. 257):

Na execução, portanto, o impetrado deverá atender ao decidido, expedindo a norma regulamentadora conforme fixado pela justiça ou possibilitando ao impetrante exercer seu direito ou liberdade constitucional ou, ainda, usufruir dos direitos inerentes à nacionalidade, soberania popular ou cidadania, nos termos estabelecidos pelo julgado.

A execução do *writ* se dá por meio de comunicação ao poder, órgão ou autoridade, dependendo da hipótese, competente para cumpri-la, nos exatos termos determinados na respectiva decisão judicial.

Portanto, esta comunicação equivale a uma ordem de execução do julgado e possui caráter mandamental. Pode ser comunicada por ofício, com a transcrição completa da decisão a ser cumprida nos exatos termos e condições do julgado.

A propósito, a Lei n. 11.280/2006, que introduziu o parágrafo único do artigo 154 do Código de Processo Civil, autorizou aos Tribunais, no âmbito de suas respectivas jurisdições, disciplinar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meios eletrônicos. A Lei n. 11.419, de 19.12.2006 acabou por ampliar ainda mais a possibilidade de utilização de meios eletrônicos no processo judicial.

Assim, quando o órgão Julgador decidir o mandado de injunção, o órgão competente, no caso, o impetrado, deverá executar essa decisão, expedindo a norma regulamentadora que, na verdade, entrará na ineficácia do referido instituto. O órgão Julgador irá declarar a mora do Poder Legislativo ou irá satisfazer o direito das partes, sendo assim a forma mais eficaz.

3.4. Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Esse tópico é relevante em razão de estabelecer a distinção entre esses dois institutos que, ambos têm a finalidade de suprir uma omissão do legislador diante da falta de norma regulamentadora. Devido à inércia do Estado os comandos constitucionais não se tornam auto-aplicáveis por falta de medidas reclamadas pela Constituição ou de expedição de normas regulamentares. Porém tais instituições, possuem particularidades e efeitos próprios.

Os dois institutos assemelham-se, no que se refere à falta de norma regulamentadora de natureza infraconstitucional que daria plena efetividade à norma constitucional.

O art. 103, §2º, da Constituição Federal de 1988, visa que:

§2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida a 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 30 dias.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão utiliza como possibilidade de cabimento a falta de medida a tornar efetiva a norma constitucional. Nesse sentido, esse instituto é bem mais amplo que o mandado de injunção porque a expressão **medida** diz respeito não apenas à falta de norma regulamentadora, como também alcança a falta de ações administrativas ou de providências materiais necessárias à concretização da vontade do constituinte.

O mandado de injunção autoriza o ajuizamento pela falta de norma regulamentadora. O que importa para o *writ* é a falta ou deficiência normativa para o efetivo exercício do direito.

A segunda diferença está relacionado a legitimidade *ad causam*. Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão a própria Constituição elencou no seu art. 103, incisos I a IX, de forma taxativa aquelas que possuem legitimidade para propor esta ação. Já o mandado de injunção pode ser interposto por qualquer pessoa, física ou jurídica, que esteja impossibilitada de exercer um determinado direito previsto na Constituição Federal.

A terceira diferença está ligado ao critério da competência para julgamento. Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão a competência, conforme prevê o art. 102, I, "a", da Constituição Federal, é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, enquanto no mandado de injunção, além da competência originária do Supremo Tribunal Federal, prevista no art. 102, I, "q", está prevista também a competência para julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art.105, I, "h", da Constituição Federal, bem como o Tribunal Superior Eleitoral, elencada no art.121,§4º, V.

A esse respeito, assinala Carlos Augusto Alcantâra Machado (2004, p. 129-130):

No que pertine à competência para julgamento, outro ponto de dessemelhança aparece. Enquanto a ADI, por omissão, como instrumento abstrato de defesa da ordem jurídica, garantia genérica de cumprimento da Constituição, segue o modelo concentrado, cabendo tão somente ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição, a competência originária para seu processamento e julgamento, o mandado de injunção, observando o critério de poder, órgão ou entidade responsável pela elaboração da norma regulamentadora, segue o modelo difuso (quanto à competência) nos termos da Constituição Federal, Constituições Estaduais e Leis de Organização Judiciária Estaduais.

A quarta diferença diz respeito que o mandado de injunção circunscreve-se à proteção de direitos individuais ou coletivos e visa uma solução para um determinado caso concreto, tendo em vista a existência de um direito subjetivo prejudicado em face da omissão do Poder Legislativo, ou seja, já existe o direito, cujo exercício está efetivamente impedido em face da ausência de norma que o regulamente. Já na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, não há necessidade de restar configurada a violação concreta a um direito individual, posto que o controle da omissão é realizado em tese, ou seja, não se refere a um caso concreto.

A quinta diferença encontrada mostra-se bastante divergente. Isto porque a decisão do mandado de injunção produz efeitos entre as partes e, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão a decisão gera efeitos *erga omnes*, ou seja, para todos. No entanto, o Supremo Tribunal Federal vem julgando alguns mandados de injunção com efeitos *erga omnes*, gerando assim confronto com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão em relação à decisão de mérito que faz coisa julgada, enquanto o mandado de injunção gera efeito *inter partes*.

Assim, percebe-se que o legislador constituinte elencou dois instrumentos, que apesar das semelhanças possuem características particulares não sendo possível, portanto, confundi-las.

4. O MANDADO DE INJUNÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1. Correntes Existentes

Inicialmente o julgamento do mandado de injunção compete às Cortes de Justiça e aos tribunais e juízes, federais e estaduais de acordo com as respectivas leis de organização judiciária, conforme previsto na Constituição Federal de 1988. Desta forma, o Poder Judiciário decide concretamente o mandado de injunção.

Com a decisão proferida pelo Judiciário adentremos na esfera dos seus efeitos, nesta seara encontra-se o ponto de divergência entre a doutrina e a jurisprudência. Em virtude disto surgiram quatro teorias em relação aos efeitos da decisão: Teoria não-concretista, Teoria concretista geral, Teoria concretista individual e a Teoria concretista intermediária.

A teoria não-concretista predominou, majoritariamente, por muitos anos no âmbito da Suprema Corte, estabelecendo-se que ao Poder Judiciário caberia apenas o reconhecimento formal da inércia legislativa. Haveria a comunicação ao órgão competente para a elaboração da norma regulamentadora necessária ao exercício do direito constitucional inviabilizado.

A teoria concretista geral adotada recentemente em algumas decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal (ex. MI 670, 708 e 712), preconiza que, diante da ausência de norma regulamentadora, cabe ao Poder Judiciário o suprimento da lacuna. Deste modo, o Judiciário, mediante sentença, regularia a omissão em caráter geral, ou seja, além de viabilizar o exercício do direito pelo impetrante do mandado de injunção, também estenderia os efeitos a todos aqueles em idêntica situação (efeito *erga omnes*).

A teoria concretista individual também está sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal em algumas situações (ex. MI 721). Segundo este entendimento, diante da lacuna, o Poder Judiciário deve criar a regulamentação para o caso

específico. A decisão viabiliza o exercício do direito somente pelo impetrado, vez que a mesma tem efeitos *inter partes*.

A teoria concretista intermediária traduz-se na fusão da teoria não-concretista com a teoria concretista individual, vez que, preconiza o dever do Poder Judiciário, em um primeiro momento, de limitar-se a declarar a omissão ao órgão responsável pela elaboração da norma regulamentadora, fixando-lhe prazo para suprimento da lacuna. Expirado o prazo assinalado pelo Poder Judiciário, ficaria este autorizado a suprir a lacuna para o caso concreto, isto é, somente para o impetrante.

Já se pode dizer que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adota em seus julgados tanto a teoria concretista geral, como a teoria concretista individual.

Alexandre de Moraes (1997, p. 149-153) assim classificou tais posições:

Direito, impossibilitando de fruição pela ausência da norma regulamentadora o Poder Judiciário implementa o exercício do direito até que sobrevenha a regulamentação reclamada.

Essa posição, como visto, pode ser desdobrada em duas espécies: concretista geral ou concretista individual.

Será geral, se a decisão implementar o exercício do direito reclamado com eficácia erga omnes; e individual, se tiver alcance tão-somente inter partes, produzindo efeitos, exclusivamente, para os envolvidos na relação processual.

Desde logo, registre-se que a corrente concretista geral desvirtua a finalidade do instituto processual sub examine, porquanto sua instituição visou à tutela de direitos subjetivos e não à defesa da ordem jurídica em geral.[...]

A posição concretista individual, ainda, poderá ser direta ou indireta/intermediária.

Pela primeira, [...] o Poder judiciário, imediatamente ao julgar procedente o mandado de injunção, implementa a eficácia da norma constitucional ao autor. Pela posição concretista individual intermediária, após julgar a procedência do writ, o órgão julgador fixa prazo para a elaboração da norma regulamentadora e escoado in albis, permanecendo a inércia, ficará o Poder

Judiciário autorizado a fixar as condições necessárias ao exercício do direito.

Por derradeiro, a posição não concretista, forjada, como já registrado, a partir do julgamento do mandado de injunção n. 107, pelo Supremo Tribunal Federal. [...]

Ante o exposto, a posição concretista individual, demonstra ser a mais ajustada em razão da vontade idealizada pelo constituinte, frente as normas de eficácia limitada, dependentes de norma regulamentadora e também em função da adequação à Separação dos Poderes.

4.2. Recentes Decisões do Supremo Tribunal Federal e a Ineficácia do Mandado de Injunção.

A inoperância do mandado de injunção que predominou na jurisprudência de forma majoritária por vários anos. A partir do julgamento do mandado de injunção n.º 107, em que, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora do Congresso Nacional notificando-o da existência da omissão para que o Poder Legislativo editasse a norma regulamentadora realizando, desta forma, o exercício do direito.

Essa decisão supra, considera a mora normativa como um dos pressupostos indispensáveis para a impetração do mandado de injunção. Portanto, existindo procedimento legislativo em trânsito, não seria cabível o mandado de injunção, por não existir a mora legislativa.

Conforme já exposto, os pressupostos de admissibilidade do mandado de injunção previstos pelo legislador constituinte, são: a falta de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa reclamada e ser o impetrante beneficiário direto do direito, liberdade ou prerrogativa que postula em juízo.

Assim, o mandado de injunção entraria no campo da ineficácia. O impetrante quer a satisfação do direito perante o Poder Judiciário através desse referido remédio constitucional previsto como garantia constitucional e não exercido

por inação do Poder Público, pois, a Suprema Corte apenas declara através de sentença a mora legislativa.

Tal disposição faz com que o impetrante fique prejudicado, ou seja, fique restringindo de exercer o seu direito em razão da falta de norma regulamentadora. Contudo, o legislador constituinte previu o instituto do mandado de injunção com a finalidade de viabilizar as normas constitucionais de eficácia limitada com pendência da regulamentação, ou seja, caso a omissão ocorra o remédio constitucional viável é o mandado de injunção.

A maioria das decisões do Supremo Tribunal Federal, firmou-se na concepção de que o mandado de injunção deveria se ater ao fim exclusivo de declarar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público.

Desta forma o mandado de injunção assumiu a natureza de ser totalmente ineficaz por ter a sua finalidade apenas declaratória de omissão do Poder Público em virtude da não satisfação do direito, liberdade ou prerrogativa prevista constitucionalmente sendo apenas dada ciência ao poder competente para que edite a norma inexistente.

Para os seguidores desta decisão, o Poder Judiciário, ao conceder o mandado de injunção deve se ater a declarar a inconstitucionalidade e dar ciência ao órgão competente para elaboração da norma para tornar efetivo o mandado de injunção.

Em vista disto é que o doutrinador José Afonso da Silva (1992, p. 394) refere que não é função do mandado de injunção pedir a expedição da norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão.

Resta saber que o mandado de injunção não tem a finalidade de visar a expedição da falta de norma regulamentadora da norma constitucional dependente de regulamentação.

Contudo, se entendermos que a finalidade do mandado de injunção é esta, estaremos adotando a inoperância do referido instituto, ou seja, o mandado de injunção não passaria de uma inconstitucionalidade por omissão de forma acessória, ou melhor dizendo, de forma menos rígida em razão da legitimidade.

Ocorre que restringir o mandado de injunção seria uma forma de ferir a vontade estabelecida pelo constituinte de 1988, perdendo com isso o próprio sentido de garantia fundamental de direitos constitucionais.

Isto porque o mandado de injunção apenas notifica o órgão competente de que está ele inviabilizando direito subjetivos constitucionais. Se, após a notificação, o órgão simplesmente permanece inerte, o titular do direito continua impedido de exercer a satisfação pretendida e a vontade da Constituição continuará sendo desrespeitada.

O mandado de injunção não serve apenas para dar ciência ao órgão competente que está sendo omissos, mas deve ser pensado como uma garantia processual que busque de maneira eficaz a tutela dos direitos sob sua proteção.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal vem dando ao instituto a função de declaração de inconstitucionalidade por omissão. Desta forma, torna ineficaz a finalidade do mandado de injunção.

O Poder Judiciário, em razão das divergências doutrinárias e jurisprudenciais, entende que em sede do mandado de injunção ele deve editar norma de caráter geral, com eficácia *erga omnes*. O referido instituto entraria no campo da eficácia.

Essa teoria atribui ao Poder Judiciário competência substitutiva em todos os termos ao Poder Legislativo, exercendo função que não lhe é prevista pela Constituição de 1988.

A partir dessa teoria, com o intuito de dar maior eficácia ao mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se favorável a uma decisão concessiva que atinja todos aqueles que estejam impedidos de exercer seu direito, liberdade ou prerrogativa em virtude da falta de norma regulamentadora, inclusive aqueles que não o tenham impetrado.

Com isso, podemos dizer que o Poder Judiciário concede esse direito com reservas em relação ao órgão competente, ou seja, o mesmo legisla no caso concreto com efeito geral estendendo-se até aqueles que estejam em igual situação.

Assim, pode-se dizer que o Poder Judiciário na sua atuação em sede de mandado de injunção termina ofendendo o Princípio da Separação dos Poderes, consagrado expressamente na Constituição Federal de 1988,

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Diante da nova visão concretista geral do Supremo Tribunal Federal particularmente em razão do Princípio da Separação dos Poderes em sede de mandado de injunção se diz que essa teoria não se insere no contexto previsto pelo legislador constituinte.

Sabemos que hoje o Estado é chamado a cada vez mais a atuar representado pelo juiz. Em razão disso, o mesmo não apenas declara a lei, mas também, dentro dos limites e possibilidades do ordenamento jurídico, cria Direito na caso concreto.

Em razão do mandado de injunção que há a falta de norma regulamentadora, o juiz poderá criar Direito no caso concreto buscando a concretização dos direitos fundamentais cujo o exercício vem sendo inviabilizado pela ausência de norma.

Conforme já se ressaltou, o Poder Judiciário que, no caso concreto o mesmo não invade a função típica do Poder Legislativo, busca apenas a satisfação do direito.

Como já afirmou o hoje Ministro Eros Roberto Grau,

O que se sustenta – e, no caso, sob o mandato do princípio da supremacia da Constituição – é meramente cumprir ao Judiciário assegurar a pronta exeqüibilidade de direito ou garantia constitucional imediatamente aplicável, dever que se lhe impõe e mercê do qual lhe é atribuído o poder, na autorização que para tanto recebe de, em cada decisão que a esse respeito tomar, produzir Direito (*apud* PIOVESAN, 2003, p. 170).

Com isso, constatamos que a teoria geral com efeito *erga omnes* não está diante da verdadeira eficácia do mandado de injunção prevista pelo legislador constituinte. O mandado de injunção é garantia fundamental que se presta à tutela de direito subjetivo, sendo isso uma das formas de diferenciação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

É possível perceber que, o Supremo Tribunal Federal mais uma vez está dando a esse remédio o mesmo objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que se refere ao efeito na teoria concretista geral.

O mandado não visa à defesa da ordem jurídica considerada em abstrato. A decisão que concede a injunção não deve possuir o caráter geral, pois, esse atributo é proferido em controle de constitucionalidade em abstrato, porém produz eficácia entre as partes.

Contudo, o legislador constituinte não iria elencar dois institutos com o mesmo objetivo em questão, portanto, o nosso Judiciário brasileiro primou pela a inoperância do mandado de injunção assumindo a sua forma subsidiária da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Em uma outra decisão em mandado de injunção submetido a apreciação do Supremo Tribunal Federal (MI nº 758/DF) este decidiu de forma acertada, ou seja, conferiu eficácia apenas inter partes, com fundamento de tratar-se o mandado de injunção de processo subjetivo.

Isto é o que se verifica da ementa a seguir relatada:

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 nº8.213/91.(STF MI 758/DF, relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2008).

Após esta exposição, constatamos que uma decisão com base na teoria concretista individual se mostra a mais correta por estar relacionada à vontade do legislador constituinte. Os efeitos da decisão não devem apenas declarar a mora legislativa e dar ciência ao órgão omissor para que elabore a norma. Mas, deve, principalmente, satisfazer o direito, viabilizando no caso concreto, o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa que esteja sendo impedido.

Com esta teoria, temos a verdadeira eficácia do mandado de injunção. O Judiciário edita a norma no caso concreto para satisfazer o direito, mas os efeitos da decisão não terão o caráter genérico, já que a elaboração das normas gerais e abstratas cabe ao Poder Legislativo.

Assim, a decisão concessiva do mandado de injunção tem como finalidade preencher a omissão legislativa no caso concreto, ou seja, eficácia *inter partes*. Isto quer dizer que o referido instituto não tem o objetivo definitivo de suprir lacunas do nosso ordenamento jurídico, mas apenas preencher a lacuna no caso concreto com o fim de possibilitar o exercício de direito subjetivo constitucional.

5. JULGADOS DO INSTITUTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como último assunto a ser apresentada nesta monografia, constatamos um breve histórico do mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal, nas suas primeiras decisões a respeito do mandado de injunção buscou equipara-lo à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, consoante se expôs no MI nº 107-3, de relatoria do Ministro Moreira Alves, julgado em 1990.

Através do julgamento deste mandado de injunção, em que, as três correntes referentes à finalidade do instituto foram apreciadas, concluiu-se no final a adoção da corrente não-concretista. Eis o que concluiu o Ministro Moreira Alves:

O mandado de injunção é a ação outorgada a titular de direito, garantia ou prerrogativa dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora; é ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade desta omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, da Carta Magna) [...].

Portanto, este foi o posicionamento que prevaleceu nos primeiros mandado de injunção, ou seja, a decisão do instituto gerava a sua ineficácia. No entanto, a doutrina majoritária questionava sobre a possibilidade de se dar à ação constitucional uma finalidade concretista, que satisfizesse a efetivação do direito subjetivo constitucional. É o que pode se verificar na ementa relacionada:

MANDADO DE INJUNÇÃO. NATUREZA. O MANDADO DE INJUNÇÃO NEM AUTORIZA O JUDICIARIO A SUPRIR A OMISSAO LEGISLATIVA OU REGULAMENTAR, EDITANDO O ATO NORMATIVO OMITIDO, NEM,

MENOS AINDA, LHE PERMITE ORDENAR, DE IMEDIATO, ATO CONCRETO DE SATISFAÇÃO DO DIREITO RECLAMADO: MAS, NO PEDIDO, POSTO QUE DE ATENDIMENTO IMPOSSIVEL, PARA QUE O TRIBUNAL O FAÇA, SE CONTEM O PEDIDO DE ATENDIMENTO POSSIVEL PARA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA OMISSAO NORMATIVA, COM CIENCIA AO ÓRGÃO COMPETENTE PARA QUE A SUPRA. CRÉDITOS JUDICIAIS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: PAGAMENTO PARCELADO (ADCT, ART. 33): FACULDADE DO PODER EXECUTIVO. O ART. 33 DO ADCT DE 1988 NÃO OUTORGOU DIREITO AO CREDOR DA FAZENDA PÚBLICA AO PAGAMENTO PARCELADO NELE PREVISTO, AO CONTRARIO, COMO FACULDADE DO PODER EXECUTIVO COMPETENTE, EXTINTA COM O TRANSCURSO DO PRAZO DECADENCIAL DE 180 DIAS SEM DECISÃO A RESPEITO; A OMISSAO DELA, POR CONSEGUINTE, NÃO DA MARGEM A MANDADO DE INJUNÇÃO (MI 168/RS, relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 21/03/1990).

Após esta análise preliminar do mandado de injunção, de simplesmente cientificar a omissão, percebemos que a Suprema Corte mudou seu entendimento no sentido da eficácia do mandado de injunção.

Assim, o STF, a partir do julgamento do MI 283/DF, não se limitou apenas a notificar o órgão competente como também estabeleceu um determinado prazo para que fosse purgada a mora legislativa. Ademais, se a omissão não fosse sanada, os impetrantes teriam seu direito assegurado. Veja-se a ementa da decisão:

Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par. 3. - "Aos

cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável (MI 283/DF, relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/1991).

Após reiteradas decisões no sentido de tornar o mandado de injunção ineficaz, já que o Congresso Nacional permanecia inerte em razão das notificações do Supremo, a Suprema Corte resolveu modificar seu posicionamento, passando da teoria não-concretista para teoria concretista.

Entretanto, nos julgamentos surgiram duas posições em relação aos efeitos da concessão do mandado de injunção: uma defendida pelo Ministro Gilmar

Mendes no sentido de as decisões possuírem efeito *erga omnes*; e outra defendida pelos ministros Ricardo Lewandowisk, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio no sentido de as decisões possuírem efeito *inter partes*.

Veja-se a transcrição da ementa do mandado de injunção nº 708 atribuindo eficácia *erga omnes*, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 1.1. No julgamento do MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia *erga omnes*, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; iv) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos

administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador.

1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003.

2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF.

2.1. O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Precedentes: MI no 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996; MI no 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002; e MI no 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.8.2002.

2.2. Em alguns precedentes (em especial, no voto do Min. Carlos Velloso, proferido no julgamento do MI no 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002), aventou-se a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado (Lei no 7.783/1989). [...] (MI 708/DF, relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007).

Assim, o Supremo Tribunal Federal estaria adotando a teoria concretista geral. No entanto, em novo mandado de injunção submetido à apreciação do STF o MI de nº 758/DF, foi decidido de modo diferente, ou seja, atribuiu-se eficácia apenas *inter partes*. Veja-se a transcrição da ementa do mandado de injunção nº 758/DF:

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 nº 8.213/91 (STF MI 758/DF, relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2008).

Não se pode afirmar, portanto, que o Supremo Tribunal Federal passou a adotar a teoria concretista geral ou a individual. Afinal é possível que a Suprema Corte possa adotar qualquer destas teorias existentes no caso concreto, pois não temos a uniformização da finalidade do mandado de injunção perante a jurisprudência do STF, poderá ser que o mesmo ainda decida pela sua ineficácia.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da Constituição Federal de 1988 o constituinte passou a elencar juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção como um mecanismo inédito perante o ordenamento jurídico brasileiro.

O mandado de injunção foi elencado na Constituição de 1988 como sendo uma garantia fundamental, um importante instrumento na efetivação dos direitos constitucionais, bem como na proteção da supremacia e força normativa da Constituição.

Tanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão quanto o mandado de injunção surgiram como instrumentos de controle de constitucionalidade, porém, não se pode confundir os dois institutos. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão busca a tutela do direito objetivo propriamente dito, ou seja, busca a ordem jurídica constitucional em si, enquanto, o mandado de injunção protege direitos subjetivos constitucionais, obstando que tais direitos assumam a condição da inoperância, melhor dizendo, impedindo que tais direitos fiquem esperando indefinidamente a vontade do Poder Público em disciplinar seu exercício para que possam ser efetivados.

Durante os vinte e um anos de existência da Constituição, o mandado de injunção ofereceu bastante resistência, principalmente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mais precisamente no que concerne ao reconhecimento da verdadeira eficácia prevista pelo legislador constituinte em relação ao verdadeiro instrumento de concretização dos direitos constitucionais.

Várias teorias surgiram em relação aos efeitos da decisão concessiva do mandado de injunção. Muitas delas inclusive capazes de inviabilizar o objeto da finalidade do referido instituto previsto como uma garantia constitucional. Por exemplo o posicionamento adotado majoritariamente de que essa ação apenas declara a mora legislativa, caindo no campo da ineficácia.

O Supremo Tribunal Federal atualmente vem adotando, majoritariamente, a teoria concretista, ou seja, viabiliza o exercício do direito pelo impetrante do mandado de injunção além de estender os efeitos a todos aqueles em idêntica situação. Contudo, isto não pode ocorrer porque cabe ao Judiciário apenas suprir a lacuna na ausência de norma regulamentadora, isto é, deve satisfazer o direito apenas *inter partes*.

De acordo com a nova decisão supramencionada não está havendo a comunicação entre os Poderes da União, muito menos a harmonização, existindo, na verdade, uma dependência dos Poderes e não uma independência como a nossa Constituição Federal prevê no seu art. 2º.

Para termos a verdadeira eficácia do mandado de injunção diante da omissão do Poder Legislativo, deveria o Poder Judiciário regulamentar o dispositivo constitucional apenas com efeito *inter partes*, devendo esta regulamentação ser criada apenas para o caso específico, ou seja, a decisão viabiliza o exercício do direito somente em relação ao impetrado.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição. – São Paulo: Atlas, 1999.

Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. Cadernos de direito Constitucional e Ciência Política – IBDC, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 210-211, abr./jun. 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”. 30. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MENDES. Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3º. Ed. - São Paulo: Saraiva, 1999.

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

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 1997.

PAULO Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito constitucional descomplicado. 2º. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

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

QUEIROZ, Luís César Souza de. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. Omissões normativas. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 09. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

