



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
BACHARELADO EM DIREITO**

**ASPECTOS NORMATIVOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO E SUA  
EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL.**

Patrick Bezerra Mesquita

Fortaleza  
2008

**PATRICK BEZERRA MESQUITA**

**ASPECTOS NORMATIVOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO E SUA EVOLUÇÃO  
JURISPRUDÊNCIAL NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

**Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do  
Ceará como um dos requisitos para a  
obtenção do grau de bacharel em Direito  
na área de Direito Processual  
Constitucional.**

**Orientadora: Prof. Juliana Diniz.**

**FORTALEZA  
2008**

**PATRICK BEZERRA MESQUITA**

**Monografia apresentada como um dos requisitos para a obtenção do grau de bacharel em Direito na área Direito Processual Constitucional à comissão julgadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.**

**Aprovada em 19/11/2008**

**BANCA EXAMINADORA**

**JULIANA DINIZ**

**PRISCILA CRISTE**

**ANDREA PARENTE**

## RESUMO

Abordagem doutrinária e jurisprudencial acerca do mandado de injunção com especial foco em seus temas mais controversos e na recente mudança de entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Fazem-se, primeiramente, anotações sobre a omissão legislativa e seu histórico de combate, demonstrando-se os malefícios do silêncio legislativo e a necessidade de equacioná-lo. Em pó, dedicam-se linhas para o destrinchamento dos aspectos normativos do mandado de injunção e a exposição das correntes doutrinária sobre a natureza jurídica do *writ* ineditamente previsto na Constituição de 1988. Estuda-se, outrossim, o rito da ação injuncional com especial ênfase na legitimidade ativa e passiva, bem como da competência dos órgãos jurisdicionais competentes para apreciá-lo. Finda-se a monografia com análise da história jurisprudencial do mandado de injunção, evidenciando a mutação jurisprudencial ocorrida na Suprema Corte.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direito processual constitucional. Mandado de Injunção. Aspectos normativos. Evolução jurisprudencial.

## **ABSTRACT**

Doctrinal and jurisprudential approach about the writ of injunction with special focus on its most controversial issues and the recent change of interpretation within the Supreme Court. First, there are notes about the legislative omission and its history of struggle, demonstrating the harm of the legislative silence and the necessity of exploring it. After, the focus is on normative aspects of the writ of injunction and the exposure of current doctrine on the juridical nature of the writ, which was foreseen for the first time by the Constitution of 1988. Also, this work focuses on the writ of injunction procedural form with particular emphasis on active and passive legitimacy and the jurisdiction power of the courts to appreciate it. At the end, it analyzes the jurisprudential history of the writ of injunction, showing the judicial ruling change within the Supreme Court.

Keywords: Constitutional law. Constitutional procedural law. Writ of injunction. Normative aspects. Jurisprudential evolution.

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO .....	8
2	O PROBLEMA DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.	
2.1	Introdução.....	12
2.2	Notas sobre o silêncio legislativo.....	15
2.3	Breve histórico do Controle Jurisdicional da Omissão no Direito Comparado e no Brasil. ....	20
3	DADOS PROCESSUAIS DO MANDADO INJUNÇÃO.	
3.1	Sucinta apresentação do trâmite na Assembléia Constituinte do Mandado de Injunção e histórico de suas origens.....	23
3.2	Requisitos para a propositura do Mandado de Injunção e seu cabimento.....	25
3.3	Teorias sobre os efeitos da decisão em sede de Mandado de Injunção.....	32
3.4	Distinções do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.....	38
3.5	A adaptação do procedimento do Mandado de Segurança.....	40
3.6	A possibilidade do Mandado de Injunção Coletivo.....	42
3.7	Competência para apreciar o feito originariamente e em grau de recurso.....	45
3.8	A legitimação ativa e passiva no Mandado de Injunção.....	47
4	A HISTÓRIA JURISPRUDENCIAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.	
4.1	O primeiro entendimento do STF sobre o M.I.: a adoção da teoria não-concretista..	53
4.2	Precedentes destoantes da linha adotada no MI 107- DF .....	55
4.3	A guinada no posicionamento da Corte Suprema.....	59
	CONCLUSÃO .....	65
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	69

## 1. INTRODUÇÃO

Sendo o constitucionalismo um fenômeno representativo da vitória da sociedade burguesa em face da feudal, é fácil entender porque o seu estudo remonta inicialmente ao século XVIII.

Observa-se que as primeiras Constituições burguesas eram verdadeiros escudos contra as arbitrariedades do monarca, compondo um rosário de direitos onde se enfatizavam a idéia de liberdade individual e a defesa incondicional do patrimônio. Disto se auffle que a grande luta inicial do constitucionalismo foi garantir aos indivíduos um espaço livre para agir sem a interferência do Estado.

Foi, portanto, a idéia de diminuir a ação estatal que prevaleceu nos primeiros constituintes do mundo ocidental moderno. Para isso, indispensável a aplicação do princípio da separação dos poderes como forma de conter o próprio poder, e o municiamento dos cidadãos de meios garantidores de suas liberdades individuais. Havia tal ênfase nessa crença que o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França de 1789 previa: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

Com o trespassar do tempo, e as profundas alterações sócio-econômicas experimentadas pelo mundo, oriundas da revolução industrial e da sedimentação do pensamento democrático, a mudança do perfil do constituinte foi inevitável.

O homem é um ser social e deve ser visto sob esse prisma. A luta operária, a ideologia socialista, o senso de coletividade, foram fatores que criaram um terreno propício para a metamorfose do Estado Liberal burguês para o Estado Social do pós-guerra.

Não bastava mais garantir a liberdade, e se mostrava insuficiente a simplista ótica abstrata individualista. Insurgia-se como necessária a direta atuação do Estado, o seu constante intervencionismo para a oferta de condições mínimas de vida aos seus cidadãos, fatores que consolidaram o denominado Estado Prestacional.

Se as Constituições defensivas do Estado Liberal abrigavam dispositivos que afiançavam a liberdade do indivíduo frente ao Poder Público, as Constituições Dirigentes e constitutivas do Estado Social proclamavam a liberdade através do Estado, isto é, foram

enunciados novos direitos de órbita socializante, vislumbradores da imperiosidade de se oferecer igualdade de oportunidades a todos.

Não se adstringe mais, o Estado, a exaltar a igualdade jurídica e formal. Nas palavras de Bercovici, citado por Flávia Piovesan, “A igualdade procurada é a igualdade material, não mais perante a lei, mas por meio da lei. A igualdade não limita a liberdade. O que o Estado garante é a igualdade de oportunidades, o que implica a liberdade, justificando a intervenção estatal.”<sup>1</sup>

Definida a necessidade do Estado promover ações e proferir normas com o fito de propiciar vantagens e condições materiais fruíveis pelos seus cidadãos, tal necessidade foi estampada pelas Constituições do século XX, desde a Mexicana de 1917, a de Weimar de 1919, chegando à Brasileira de 1988. Constitucionalizado o direito às prestações estatais, nasceu-se concomitantemente o dever Estatal de pô-las em prática. Descumprido esse dever, fica flagrante a situação de inconstitucionalidade.

É nesse cenário que nasce a inconstitucionalidade por omissão e suas vicissitudes. A omissão inconstitucional ocorre quando o Estado não faz aquilo que se comprometeu. Uma de suas espécies, a omissão legislativa, será um dos enfoques deste trabalho. Isso porque o presente estudo pretende debruçar-se sobre a Ação Constitucional do Mandado de Injunção, *writ* criado pelo constituinte brasileiro de 1988, que visa combater o malefício do silêncio legislativo.

A novidade constituinte, provavelmente, inspirou-se no fato das frustrantes experiências constitucionais brasileiras nesse ponto, quando a inação parlamentar solapou muito da normatividade das constituições anteriores.

A abordagem inicial será dedicada exatamente sobre a problemática da omissão inconstitucional legislativa, já que é conselho extraído da farmacologia expôr a doença primeiramente, para depois debruçar-se acerca do remédio.

Empós, delineada a enfermidade, será o momento de dedicarmos as nossas linhas ao objeto principal da presente monografia: o mandado de injunção. Idealizado como meio inovador de repressão à inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção é, sem sombra de dúvida, a novidade do processo constitucional mais controversa da Carta Magna de 1988.

---

<sup>1</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra omissões legislativas*. Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.31.



O seu ineditismo causou-lhe, seguramente, uma incerteza quanto a alguns de seus elementos básicos e, principalmente, dúvidas acerca do conteúdo e carga eficaz de sua sentença. A par da celeuma doutrinária, o Mandado de Injunção só começou, de fato, a mostrar seus contornos com o trato jurisprudencial. Foram os tribunais superiores, e notadamente o Supremo Tribunal Federal, que com o passar do tempo (já são 20 anos da promulgação da Constituição de 88) e com o julgamento de diversas questões, que modelou o instituto. Sob essa jurisprudência cambiante, e que muito recentemente transmudou-se completamente, é que serão examinados os aspectos normativos do Mandado de Injunção.

Desta forma, a intenção do presente estudo é, com a análise da história jurisprudencial do mandado de injunção ao longo de seus vinte anos de existência, e o debruçamento sobre os seus principais precedentes no STF, traçar o procedimento da ilustre Ação Constitucional, verificar suas partes, com especial atenção à legitimidade passiva, constatar qual o rito aplicado, quais os órgãos jurisdicionais detém competência para apreciá-lo, e destacar o alcance e a carga eficaz de sua decisão.

Estabelecer, assim, qual a tratativa que vem sendo dada ao Mandado de Injunção pelo Supremo Tribunal Federal, e nisso se inclui, verificar qual, dentre as teorias existentes acerca da sua natureza jurídica, a adotada pelo Pretório Excelso, contribuindo para a compreensão do mesmo, e, portanto, rendendo homenagens à sua melhor aplicação.

Para tanto, dividiremos os temas abordados da seguinte maneira:

- a) Apresentação da problemática da omissão inconstitucional, dispensado maior atenção ao fenômeno do silêncio legislativo ilegítimo, e o histórico do controle constitucional da omissão.
- b) Investigação sobre a natureza jurídica do Mandado de Injunção, com a exposição das mais diversas teorias, e a definição do seu rito, requisitos, partes e objeto.
- c) Visualização da evolução jurisprudencial que o *writ* sofreu no âmbito do Supremo Tribunal Federal, invocando as correntes nascidas no bojo da Suprema Corte, e constatando a mutação do entendimento acerca da estudada ação constitucional.

O estudo proposto basear-se-á, eminentemente, em critérios bibliográficos, com a coleta de documentos textuais, como legislações atualizadas, doutrinas pertinentes e

publicações em sítios e revistas, consultando-se, ainda, a jurisprudência dos tribunais judiciários, notadamente do STF, acerca do tema.

A metodologia utilizada na monografia será realizada através de um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica na doutrina jurídica nacional.

## 2. O PROBLEMA DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

### 2.1 Introdução

A Constituição existe como paradigma normativo máximo da estrutura estatal. Num sistema jurídico como o brasileiro, que tradicionalmente se apegou ao uso das Constituições escritas, a supremacia formal da mesma decorre diretamente da rigidez que ela própria se impõe, isto é, da previsão de um processo legislativo mais dificultoso para a inclusão, supressão ou modificação de suas normas. De outra volta, também figura a constituição no vértice do ordenamento jurídico por trazer em seu bojo as regras essenciais da organização do Estado e elencar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos (aí falamos de supremacia material).

Assim sendo, sua cogência e efetividade devem ser absolutas. Toda forma de desrespeito à superioridade hierárquica da Lei Magna há de ser repelida de forma enérgica e instantânea. Qualquer desafio que se apresente à imperatividade constitucional é objeto do controle de constitucionalidade.

À lesão à Constituição, além dos maléficos efeitos que de regra já perfaz, acrescentam-se outros, de dimensões ainda mais perigosas: o da frustração constitucional, e a incendiária “*erosão da consciência constitucional, na medida em que se acredita que a revitalização da consciência constitucional assume importância crucial para a própria sobrevivência de uma sociedade democrática.*”<sup>2</sup>

Já advertia Pontes de Miranda<sup>3</sup>, em sua habitual autoridade jurídico-literária “*Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou se entende devam ser cumpridos – o que é pior. Já a propósito da Constituição de 1934 escrevemos nos comentários a ela: No momento, sob a Constituição que, bem ou mal, está feita, o que nos incumbe, a nós, dirigentes, juízes e intérpretes, é cumpri-la. Só assim saberemos a que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se emende, se reveja. Se em algum ponto a nada serve – que se corte nesse pedaço inútil. Se algum bem público desserve, que pronto se elimine. Mas,*

---

<sup>2</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra omissões legislativas*. Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.83.

<sup>3</sup> PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda 1 de 1969, tomo I*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970, pg. 15-16.)

*sem na cumprir, nada saberemos. Nada sabendo, nada poderemos fazer que mereça crédito. Não a cumprir é estrangulá-la ao nascer”.*

A afronta constitucional pode ocorrer tanto pela via ativa, como por comportamento negativo. Explico. É tão inconstitucional proceder em violação às normas constitucionais, como deixar de agir como e quando ela ordena. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso “*Vulnera-se a imperatividade de uma norma de direito quer quando se faz aquilo que ela proíbe, quer quando se deixa de fazer o que ela determina. Vale dizer: a Constituição é suscetível de descumprimento tanto pela via da ação, como por omissão*”.<sup>4</sup>

Portanto, dá-se o nome de inconstitucionalidade por ação quando um comportamento ativo do Ente Público, “*age ou edita em desacordo com o que dispõe a constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios, que nela se acham consignados. Essa conduta estatal que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.*”<sup>5</sup>

Seu fundamento está no princípio da supremacia constitucional que induz um sistema vertical de compatibilidades dos atos normativos e administrativos com a Constituição. Editada lei, ou exercido determinado ato administrativo, perguntar-se-á se os mesmos são compatíveis com o texto constitucional, por natureza, norma de grau superior. Não havendo a necessária compatibilidade, sana-se a questão retirando do mundo jurídico a lei ou o ato incompatível com os ditames constitucionais.

Bem da verdade, a inconstitucionalidade **por ação**, seja ela material (a produção de atos dissonantes com a Constituição) ou legislativa (a edição de normas inconstitucionais), já há muito estudada e conhecida pelos constitucionalistas, encontra uma farta série de remédios aptos à saná-la. Tal constatação se dá porque, quando se reveste de inconstitucionalidade uma ação, o modo de extirpá-la é, historicamente, expedir ordem para que o Estado cesse a atividade inconstitucional, isto é, que mantenha-se inerte, ou ainda, desfaça o que fez.

Assim, para se exigir uma conduta omissiva do Estado, ou para o desfazimento de atos ou leis inconstitucionais, ações como o mandado de segurança, o *habeas corpus* e a Ação Direta de Inconstitucionalidade possuem altos índices de eficácia, logrando êxito em locupletar os objetivos a que estão destinados, quais sejam, a interrupção da conduta estatal ou a proclamação da nulidade do ato normativo infringentes da Constituição.

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Editora Renovar, p. 154.

<sup>5</sup> ADI 1458-7, Excerto do Voto do Relator, Ministro Celso de Mello.

Por sua vez, a inconstitucionalidade por omissão é a violação negativa da Carta Magna, deixando o Estado de prestar o que a constituição lhe impôs de forma cogente, transgredindo os direitos e preceitos insertos na Lei Maior, por insuficiência ou inexistência da adoção de medidas obrigatórias e necessárias para a concretização dos desideratos constitucionais.

Seu estudo, mais recente que o da inconstitucionalidade por ação, implica no destrinchamento e na revisitação de uma série de valores e dogmas jurídicos com o fito de buscar solução para tão insidiosa mácula. Dogmas, como por exemplo, o da reserva da lei e o da separação dos poderes.

Exatamente por isso que o estudioso de Direito Constitucional e Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, conclui nos autos da ADI 3682-3 MATO GROSSO *“É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos, e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno.”*

Ao contrário da inconstitucionalidade por ação, a omissão inconstitucional ainda carece de meios prontamente eficazes para o seu combate, ou ao menos carecia, já que, conforme veremos no presente trabalho, a nova dimensão dada ao mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal apresenta-se como nova esperança para a cura da síndrome da inefetividade das normas constitucionais, a qual nosso país esteve por muito tempo acostumado e penalizado.

A inconstitucionalidade por omissão pode apresentar três facetas distintas: a) a insuficiência de medidas legislativas, b) a omissão dos poderes constituídos na prática de atos impostos pela Lei Maior e c) a ausência de atuações de cunho administrativo, inclusive os de perfil regulamentar.

Quanto aos dois últimos itens, o direito positivo, a doutrina e a jurisprudência já possuem mecanismos capazes de repararem seus vícios quando for preciso. Luís Roberto Barroso lembra, inclusive, que a omissão regulamentadora do executivo com fulcro no art. 84, IV da Constituição Federal<sup>6</sup> não tem sido capaz de frustrar a vontade da lei, conforme

---

<sup>6</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

precedentes do Supremo Tribunal Federal (RTJ / 71/614)<sup>7</sup>. Para nós, dada a delimitação do objeto de pesquisa, só o que nos interessará será a abordagem do primeiro item. O silêncio do legislador, problema para o qual nasceu o mandado de injunção, será o objeto de estudo do próximo tópico.

## 2.2 Notas sobre o silêncio legislativo.

O silêncio legislativo consiste na contínua recalcitrância do órgão legislador estatal em auto-integrar os preceitos constitucionais carentes de ulterior regulamentação legal para tornarem-se aplicáveis.

O silêncio legislativo só conota inconstitucionalidade quando permanecer protraído por espaço de tempo desarrazoado. Outrossim, só se pode falar em omissão legislativa inconstitucional quando havia o dever constitucional de se legislar (sabe-se, e a lição é antiga, que, via de regra, a atividade legislativa não é obrigatória, ficando a cargo das influências políticas a decisão se legisla ou não sobre determinado assunto).

Trago à colação a lição do constitucionalista português, J.J. Gomes Canotilho<sup>8</sup> “*A omissão legislativa só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexiona com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas*”.

Aqui cabe a abertura de parênteses. A conduta omissa configura forma rasteira e virulenta de inconstitucionalidade, causando o tolhimento do exercício de direitos, liberdades e prerrogativas asseguradas pelo estatuto fundamental, ficando o cidadão investido de verdadeiro direito público subjetivo à regulamentação legal. Além do mais, a inércia faz surgir curioso e inaceitável quadro: o Poder constituinte tem escalpelada a sua força pelo Poder Constituído (Legislador ordinário), e a criatura, assim, sobressai sobre a figura do criador. Se isso sói acontecer nas telas do cinema e nas letras literárias, é intolerável quando

---

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Editora Renovar, p. 154.

<sup>8</sup> Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos – O direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas, *As garantias do cidadão na justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993, p-354-355.

estamos tratando de Ciência Jurídica e mais especificamente de Direito Constitucional. Feche-se os parênteses.

Pois bem. Se só existe omissão legislativa inconstitucional quando concomitantemente à ausência da norma, existir o dever de editá-la, por outro lado, como forma de dar máxima eficácia aos objetivos constitucionais, impende reconhecer que não é necessária expressa menção do constituinte deste dever legiferante, sendo bastante a existência de dispositivos constitucionais sem suficiente densidade normativa, o que acaba remetendo de forma implícita ao legislador ordinário a imperiosa necessidade e a pungente obrigação de integrá-lo.

Assim, nas normas constitucionais de eficácia limitada (usando da célebre classificação proposta por José Afonso da Silva<sup>9</sup>, da qual falaremos sucintamente no terceiro capítulo desses estudos), por não terem aplicabilidade imediata, enquanto silente o legislador, estará impedido, repita-se, o usufruto pelo cidadão dos direitos ali previstos pela Carta Magna, configurando evidente deturpação dos ditames constitucionais, e não deixando de ser uma maneira informal e oblíqua de mudança da constituição por relegar à letra morta o que é imposto pela norma máxima.

Atenta a isso, dispõe Anna Cândida Cunha de Ferraz<sup>10</sup>, citado pelo Ministro Celso de Mello em seu voto proferido nos autos da ADI-1458-7, Distrito Federal “*A inércia caracteriza-se pela não aplicação intencional, provisória mas prolongada, das disposições constitucionais pelos poderes incumbidos de lhes dar cumprimento e execução. Configura inegável processo de mudança constitucional; embora não altere a letra constitucional, altera-lhe o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como inconstitucional.(...) Como modalidade de mutação constitucional a inércia é processo pernicioso, que acarreta conseqüências desastrosas à vida constitucional dos Estados. De um lado, porque, ao contrário dos demais processos de mutação constitucional, raramente busca adaptar a Constituição à realidade. Na maioria das vezes serve como instrumento exatamente para evitar tal adaptação. De outro lado, porque a inércia arrasta consigo a descrença na Constituição.*”

---

<sup>9</sup> *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3.ed., São Paulo, Malheiros, 1999.

<sup>10</sup> CUNHA FERRAZ, Anna Cândida da. *Processos Informais de Mudança da Constituição*, São Paulo, Max Limonad, 1986, p.230-232)

Só é sindicável **juridicamente** a omissão legislativa de normas atribuidoras de direitos, afastando-se do controle jurisdicional da omissão o não cumprimento das normas programáticas, também chamadas de normas-fim, que são aquelas que impõe um objetivo a ser cumprido pelo poder público, como por exemplo, a que prevê o acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um (art. 208, V da C.F.).

Fica fora de dúvida que o desrespeito à norma programática também gera e ocasiona comportamento inconstitucional, mas é no embate político, no choque das influências, na criação das possibilidades, enfim, no palco característico de uma sociedade democrática é que está o ambiente propício à sua realização.

Podemos então traçar duas características das normas constitucionais que dão azo ao silêncio legislativo inconstitucional e o seu ulterior controle pelo Poder Judiciário: a norma há de atribuir necessariamente um direito ao jurisdicionado (e não instituir um programa a ser seguido pelo Estado), e essa norma deve classificar-se como de eficácia limitada, portanto, sem auto-aplicabilidade.

A Constituição de 88 é pródiga na existência de normas dessa espécie, principalmente no que tange à enunciação de direitos fundamentais, delegadas em grande parte sua regulamentação ao legislador ordinário, e de forma excepcional, ao legislador complementar. Vejamos alguns exemplos insertos na Constituição Federal de 1988:

- Art. 5º, inciso VII- “ **é assegurada, nos termos da lei**, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.”
- Art.5º, inciso VIII – “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, **fixada em lei.**”
- Art. 5º, inciso XXVI – “a pequena propriedade rural, **assim definida em lei**, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.”

Como se vê, não é preciso ir muito aquém dos primeiros incisos do artigo 5º para conseguir amostras de normas atribuidoras de direitos e de eficácia limitada, haja vista a forte presença destas na Constituição de 1988. Bem da verdade que muitas desse tipo de normas já



possuíam, à época da promulgação ou passaram a possuir, ao longo dos vinte anos de vigência da Carta de 88, a necessária lei integradora, passando a ostentar, portanto, plena aplicabilidade.

Sublinhemos, ainda, que a omissão legislativa inconstitucional ainda pode apresentar-se de forma total ou parcial. A omissão será total quando a inação do legislador for completa, abstendo-se de maneira absoluta de produzir o ato normativo exigido, aqui haveremos de falar da ausência de qualquer ação.

Inversamente, a omissão legislativa parcial pressupõe a existência de um ato normativo. Porém, não obstante que a produção normativa reclamada pela constituição tenha sido realizada, esta realização se deu de forma incompleta, não preenchendo de forma perfeita ao cogente modelo constitucional. Noutras palavras, faltou inteireza e senso de completude à lei integradora editada.

Luís Roberto Barroso elucida que *“A omissão parcial comporta a identificação de duas espécies: a chamada omissão relativa e a omissão parcial propriamente dita. Diz-se que a omissão é relativa quando a lei exclui do seu âmbito de incidência determinada categoria que nele deveria estar abrigada, privando-a de um benefício, em violação ao princípio da isonomia.”*<sup>11</sup> Já em relação à omissão propriamente dita resume o constitucionalista carioca que *“Nessa hipótese, o legislador atua sem afetar o princípio da isonomia, mas de modo insuficiente ou deficiente relativamente à obrigação que lhe era imposta. O exemplo típico no direito constitucional brasileiro tem sido a lei de fixação do salário mínimo, em valor que não satisfaz a exigência constitucional”*.<sup>12</sup>

A omissão parcial acaba situando-se em zona grise e limítrofe entre a inconstitucionalidade por ação (já que foi produzido o ato normativo) e a inconstitucionalidade por omissão (a produção não foi satisfatória, permanecendo lacunas para a completa integração da norma constitucional).

É de bom alvitre anotar, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especificamente quanto ao mandado de injunção, parece<sup>13</sup> consolidar-se no sentido de

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Editora Saraiva, 2ªed., São Paulo, 2006, p.37.

<sup>12</sup> Op.cit. p.38.

<sup>13</sup> Dizemos “parece” porque, apesar de não existir um precedente de conhecimento por parte dos Ministros do Supremo de mandado de injunção em face de omissão parcial de lei (sempre vota-se pelo não-conhecimento ao argumento de se tratar de inconstitucionalidade por ação), alguns Ministros, em *obter dictum*, ou seja, de passagem, reconheceram a possibilidade de injunção contra a omissão parcial. O tema, portanto, é claudicante, sendo precipitado tirar conclusões pelo cenário jurisprudencial.

considerá-los inviáveis nos casos de omissão parcial, sob o argumento de que assim estaria, por via transversa, autorizando ao particular a iniciativa da inconstitucionalidade por ação, privativa aos legitimados no art. 103 da Constituição Federal.

O Ministro Celso de Mello em voto proferido nos autos do MI 642-DF, DJ 14.08.2001, assentou o seguinte:

*“(...) Desse modo, e para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o conseqüente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, ausente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, não se tornará possível imputar comportamento moroso ao Estado, nem pretender acesso legítimo à via injuncional.*

***Eventuais lacunas normativas ou imperfeições de conteúdo material, constantes de textos meramente legais ou de normas inscritas em tratados internacionais, não se revelam colmatáveis, nem suscetíveis de correção, por via injuncional, (...)*** (grifo nosso)

Também foi esse o entendimento dado pelo Ministro Gilmar Mendes, ao julgar o Mandado de Injunção 742-0, onde o impetrante argüia pela insatisfatória regulamentação dada ao artigo 236, parágrafo 3º da Constituição Federal pela Lei 8.935/1994. O Ministro Gilmar Mendes, citando inclusive o voto do Ministro Celso de Mello antes exposto, decidiu a questão pelo não conhecimento do Mandado de Injunção, no que foi seguido pelos outros Ministros da Corte, pelos seguintes fundamentos *“Conforme se depreende da própria argumentação do impetrante, verifica-se que existe lei que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal. Trata-se da Lei 8.935/1994, que “Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre os serviços notariais de registro”. Sendo essa a situação, observo que a jurisprudência da Corte é no sentido do não-cabimento do*

*Mandado de Injunção quando já existe norma que regulamente o dispositivo constitucional*”<sup>14</sup>.

Assim, tem sido restritiva a interpretação dada pelo Pretório Excelso no que diz respeito ao cabimento do mandado de injunção em sede de omissão legislativa *parcial*, aceitando apenas, nesses casos, a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.

Com a devida vênia, não parece ser esse o melhor entendimento, ainda mais quando evidencia-se a necessidade de armar o texto constitucional com o maior grau de efetividade possível. A omissão parcial possui igual potencialidade de lesão a direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, urgindo que se verifique mecanismo idêntico de repressão ao dado à omissão total.

### **2.3 Breve histórico do Controle Jurisdicional da Omissão no Direito Comparado e no Brasil.**

O fenômeno da inconstitucionalidade por omissão passou a ganhar importância no cenário jurídico, e especialmente, nas salas de estudo de direito constitucional, a partir da promulgação das Constituições Dirigentes típicas do Estado Social. A explicação para isso é singela. Ao contrário das Constituições Liberais, a Constituição proveniente dos Estados Sociais passaram a prever uma série de atuações do Poder Público visando a melhoria das condições sócio-econômicas de seus cidadãos.

Na medida que as prestações previstas pelo texto constitucional não se transformavam concretamente na realidade cotidiana, começou a chamar a atenção dos juristas este peculiar método de desrespeito à Constituição.

Como nosso tema é sobre a omissão inconstitucional *legislativa*, debruçar-nos-emos apenas sobre a história do controle jurisdicional da mesma.

Num primeiro momento, e até bem recentemente, era opinião geral e assentada na doutrina que não havia direito subjetivo à atividade legislativa, inexistindo meios judiciais de forçar o Parlamento a editar leis.

---

<sup>14</sup> Embargos de Declaração no Mandado de Injunção 742-0 DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, 10/03/2008.

Legislar ou não legislar fica restrito apenas ao âmbito de discricionariedade política da Casa Legislativa. Fica claro que essa ideologia se assentava em dois basilares princípios do Constitucionalismo: o da separação dos poderes e o da democracia.

As palavras de José Afonso da Silva<sup>15</sup>, nos idos do ano de 1982, são reveladoras “*Se o comando impositivo não for cumprido, a omissão do legislador poderá constituir um comportamento inconstitucional, mas este é insindicável e incontrolável jurídica e jurisdicionalmente; primeiro porque, como adverte Levi, ninguém é legitimado para o exercício de uma pretensão jurídica objetivando o adimplemento de tal prestação por parte dos órgãos legislativos, isto é, ninguém tem direito subjetivo à aprovação de qualquer lei, ainda que determinada no texto da constituição, segundo e conseqüentemente, porque a omissão se revela como questão política, que escapa à apreciação judicial*”.

As concepções sobre a impossibilidade de interferência judicial nos casos de omissão legislativa começou a sofrer abalos com o advento da Lei Fundamental de Bonn, em 1949.

Se num primeiro momento a Corte Constitucional Alemã continuou a aplicar o antigo entendimento de impossibilidade de apreciação judicial sobre as situações de omissão legislativa, já no final da década de 50 o cenário se inverteu, e começaram a ser admitidos recursos e ações que versavam sobre o tema.

A Corte Constitucional Alemã, sem aflorar-se de legislador, passou a adotar a técnica de declarar a inconstitucionalidade da omissão, atribuindo eficácia mandamental ao *decisium* para que o legislativo supra a omissão existente.

Também na Itália existem precedentes dessa natureza, escapando o Judiciário italiano de emprestar caráter criativo às decisões nesta seara, prestando-se, contudo, à declaração da omissão do legislador.

No Brasil, vinha-se mantendo a posição de afastar do judiciário o controle da constitucionalidade de eventuais omissões legislativas, sob os mesmos argumentos usados na doutrina alienígena, de respeito à separação dos poderes, e por se tratarem de assuntos meramente políticos, estranhos, portanto, à órbita jurisdicional.

---

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2ª Ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1982, p.118.

A novel Constituição rompeu abruptamente este pensamento. Em seu bojo vieram dois institutos processuais específicos para tratar do problema: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Com a benção constitucional, e o voto de confiança dado pelo constituinte, passou o Poder Judiciário à árdua tarefa de ismicuir-se na resolução da desafiadora problemática do silêncio legislativo inconstitucional.

É sobre o mandado de injunção que dedicaremos as nossas atenções.

### 3. O MANDADO DE INJUNÇÃO E SEUS CARACTERES FUNDAMENTAIS.

#### 3.1. Sucinta apresentação do trâmite na Assembléia Constituinte do Mandado de Injunção e histórico de suas origens.

O Mandado de Injunção ao lado da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão foram os dois remédios pensados pelo constituinte de 1988 para combater a problemática da omissão inconstitucional.

Previsto no art. 5º, inciso LXXI da Constituição Federal que diz “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”, o mandado de injunção foi alvo de polêmicas mesmo antes da promulgação da atual Carta Magna, sendo objeto de longos e controversos embates nas discussões constituintes.

Como dito alhures, o trauma brasileiro, vindo de outras épocas e outras constituições, fruto da inércia do poder público descaracterizadora da cogência constitucional é que inspirou o constituinte de 88 a prever no corpo constitucional a ação ora estudada. Verificado que nunca nenhuma constituição brasileira havia previsto qualquer meio de repulsa ao silêncio legislativo, era hora de fazê-lo.

Constatou-se, num primeiro momento, que não haviam remédios jurídicos conhecidos e aptos a alcançar o objetivo delineado. O *habeas corpus* e o mandado de segurança, por exemplo, tinham objetos próprios, inconciliáveis com a idéia de suprir-se a omissão inconstitucional.<sup>16</sup>

Atribui-se ao Senador Virgílio Távora a feitura das primeiras sugestões à Assembléia Constituinte sobre a criação de um mecanismo destinado primordialmente a combater a inconstitucionalidade por omissão. Dentre essas sugestões inseriam-se o mandado de injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.

---

<sup>16</sup> Em contrário, temos a posição de Othon Sidou que defendia o mero alargamento das funções tipicamente dadas ao Mandado de Segurança para a resolução do problema da omissão legislativa inconstitucional, *in verbis* “(...) nada obstava continuasse sendo o mandado de segurança, o amparo civil único, tendo ampliada sua órbita para incidir as situações que justificaram o advento do *habeas data* e do mandado de injunção”. SIDOU, J.M. Othon. *Hábeas Corpus, Mandado de Segurança, ação popular – As garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro, Forense, 1992, p.407.

Impende observar que no projeto do Senador cearense o cabimento do *writ* era ainda de maior abrangência do que o consignado no texto final, já que havia a previsão de concessão do mandado de injunção não só em casos de silêncio legislativo, mas em qualquer hipótese de inconstitucionalidade por omissão, sendo ela legislativa ou não. Outra nota digna de importância foi a expressa fixação da aplicação do rito do mandado de segurança ao novel instituto.

Diversas outras proposições vieram em igual sentido, modificando, às vezes, apenas o texto, mas mantendo-se a idéia original do Senador Virgílio Távora. Foi no anteprojeto da subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais que o mandado de injunção sofreu a primeira significativa mudança: limitou-se seu cabimento apenas às omissões legislativas. Também extirpou-se a referência ao rito do mandado de segurança e foi-lhe conferido caráter difuso: o *writ* seria requerido em qualquer juízo ou tribunal, observadas as regras de competência da lei processual.

A redação dada pelo Segundo Substitutivo da Comissão de Sistematização já muito se aparentava com a redação final por nos conhecida e inserta no inciso LXXI do Art. 5º da C.F. A única distinção entre as duas redações, foi a retirada, no texto final, da necessidade de lei complementar para regulamentar o rito do mandado de injunção, abrindo azo à que o legislador ordinário o faça.

Há quem sustente, que na busca de dar contornos ao Mandado de Injunção, teria o constituinte se valido de fontes retiradas do Direito estrangeiro. Seria a escola anglo-saxônica dos *writs* que teria inspirado o constituinte brasileiro na idealização do instituto. Se as alienígenas foram importantes como fonte de inspiração para a moldura a se dar ao mandado de injunção, temos que advertir que o instituto aqui criado não corresponde totalmente aos paradigmáticos *writs* estrangeiros.

Assim, por exemplo, o *writ of injunction* (de que o nosso é tradução), na verdade, tem como função expedir uma ordem proibitiva dirigida ao Poder Público ou ao particular para que não aja ou deixe de agir de maneira à lesar direitos alheios. Assemelha-se e muito ao nosso mandado de segurança, e distancia-se do Mandado de Injunção, que dele só se aproxima por serem homônimos.

Por sua vez, o *writ of prohibition*, outra suposta fonte de inspiração ao Mandado de Injunção, visa impedir a execução de sentenças proferidas sem as formalidades legais, o que aqui também se faz, mas por via de ação rescisória e não por mandado de injunção.

O único *writ* anglo-americano que, de fato, possui funções e objetos parecidos com o nosso mandado injuntivo é o *writ of mandamus*. Por ele se inflige a outro a obrigação de perfazer dever previsto em lei, “mas para cujo exercício não haja preceito regulamentador. Tudo aquilo a que o jurisdicionado tem direito e cujo exercício depende de autoridade pública ou de ente particular, pode, na falta de outro meio jurídico e imediato, ser conseguido mediante *writ of mandamus*”.<sup>17</sup>

Apesar de algumas similitudes com alguns institutos estrangeiros, como o *writ of mandamus*, necessário reconhecer que a ação criada ineditamente pela Constituição de 88 e inserta no art. 5º, LXXI, é instituto de lavra essencialmente tupiniquim, e se, pelo direito comparado podemos angariar alguns dados importantes, é pela doutrina nacional e sob a jurisprudência pátria que haveremos de encontrar o perfil normativo do mandado de injunção.

### **3.2. Requisitos para a propositura do Mandado de Injunção e seu cabimento.**

A análise acerca dos requisitos autorizadores para a impetração do mandado de injunção exige o destrinchamento do dispositivo constitucional que o prevê. Vejamô-lo mais uma vez. “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”.

Pela transcrição acima já podemos auferir que o cabimento da injunção se submete a presença cumulativa e obrigatória de três requisitos inafastáveis, quais sejam;

- a) a previsão de um direito e/ou liberdade constitucionais, e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.
- b) a frustração na fruição de tais direito-liberdades-prerrogativas, por conta da não-aplicabilidade imediata das normas que os prevêem.
- c) a carência de norma regulamentadora que os integre.

---

<sup>17</sup> SIDOU, Othon. Op.cit. p. 404.



Faltando quaisquer desses requisitos, não será caso para o Mandado de Injunção. Vide, inclusive, precedente do STJ<sup>18</sup> nesse sentido (no caso, o relator condensa nossos itens “b” e “c” em um só:

*EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. EXERCÍCIO DE DIREITO. DEMONSTRAÇÃO. EXISTÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA.*

(...)

*I - O mandado de injunção tem finalidade definida na Constituição Federal para assegurar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, inviabilizadas diante da falta de norma regulamentadora.*

*II - Ausência de pressuposto específico para o manejo do mandamus, uma vez que não demonstrada pelo impetrante a existência de direito seu, em tese constitucionalmente assegurado, cujo exercício dependa de manifestação legislativa.*

*Extinto o processo sem julgamento do mérito.*

*“O mandado de injunção, segundo o que dispõe o art. 5º, LXXI, da Constituição Federal, é cabível "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".*

*O caso em tela não permite o uso do mandado de injunção para o fim desejado, isto em face da **ausência de seu pressuposto específico**, qual seja, demonstração da **existência de direito**, em tese constitucionalmente assegurado, cujo exercício dependa de manifestação legislativa.*

*Limita-se o impetrante a asseverar a existência de lacuna legal, sem, contudo, explicitar qual seria **seu direito** eventualmente não usufruído por conta da omissão legislativa. Não se **demonstrou**, destarte, a **legitimidade específica exigida para o manejo deste writ**.*

*Desta forma, o processo deve ser **extinto sem julgamento do mérito**, em face da ausência de um dos pressupostos específicos inerentes a esse remédio processual que, segundo a lição de FRANCISCO ANTONIO OLIVEIRA (Mandado de Injunção,*

---

<sup>18</sup> Acórdão unânime da Corte Especial do STJ: MI n. 169-DF, Rel. Ministro Félix Fischer, DJU 25.3.2002, p. 156.

*RT, 1993, p. 111), são os seguintes: "a) deverá provar que tem legitimidade para o exercício de algum direito ou liberdade, implícita ou expressamente, previstos na Constituição Federal, cujo exercício deseja tornar exequível; b) que haja óbice para o exercício -do direito por ausência de norma regulamentadora (sentido amplo) " (grifo nosso)."*

Quanto ao primeiro requisito (a), a definição dos direitos-liberdades-prerrogativas tuteláveis via Mandado de Injunção gerou intenso debate na doutrina. Podemos vislumbrar pelo menos três correntes bem definidas sobre o assunto: a restritiva, a abrangente e a intermediária.

Pela restritiva só poderia ser objeto do mandado de injunção a concretização de direitos individuais relativos à nacionalidade, à soberania e à cidadania, já que a parte final do inciso LXXI restringiria o espectro de ação do *writ* a tais matérias.

A corrente abrangente engloba como liberdades e direitos resguardáveis por mandado de injunção todos aqueles insertos na Carta Magna de 1988 e que reclamam integração infraconstitucional para tornar-se aplicável.

O trecho final da redação do inciso LXXI da Constituição, que remete à nacionalidade, à cidadania e à soberania, ligaria-se apenas à expressão prerrogativa, exigindo, assim, que apenas as prerrogativas constitucionais, alvo de impetração do *writ*, fossem limitadas às matérias acerca da nacionalidade-soberania-cidadania, não alcançado esta limitação os direitos e liberdades constitucionais, que poderiam ser de qualquer tipo (desde, é óbvio, estivesse elencado na constituição).

Um dos adeptos da corrente abrangente, Willis Santiago Guerra Filho, chega a defender, que ao invés de restringir o campo de incidência do *writ*, a referência, presente na parte final da redação do inciso LXXI do art. 5º da C.F., à nacionalidade-soberania-cidadania, alarga-o.

Segundo o renomado jurista cearense, o mandado de injunção seria cabível na proteção de qualquer direito e liberdade constitucional, e também de prerrogativas do indivíduo na sua condição de nacional, soberano e cidadão, previstas em corpo normativo infraconstitucional. *In verbis*:

*'A efetividade 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 de direito 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 – i.e, fundamentais, previstos por todo o corpo da Lei Maior, e não apenas no art. 5º, como se insinuou já em interpretação restritiva absurda -, como também de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, não importando que sejam elas oriundas ou não de norma constitucional, como importa para os direitos e liberdades referidos em separado”.*<sup>19</sup>

Por fim, a posição intermediária aduz que não é qualquer direito ou liberdade previstos na constituição que se achem frustrados por inaplicabilidade que dará azo ao mandado de injunção. Por outro lado, não os limita apenas àqueles que versem sobre nacionalidade-soberania-cidadania. O Mandado de Injunção, desta maneira, alcançaria a tutela dos direitos e garantias fundamentais, os coletivos e os sociais.

O Supremo Tribunal Federal, já em suas primeiras jurisprudências acolheu a teoria abrangente, adotando-a desde então.

Bem da verdade que a abrangência não foi aquela e com a envergadura apregoada pelo discurso de Willis Santiago Guerra Filho, afastando, por conseguinte, do objeto do mandado de injunção a proteção de prerrogativas infraconstitucionais<sup>20</sup>, porém, admitindo que a ação estudada sirva como arma para a concretização de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, independentemente de sua topologia ou classificação (não importa então se o direito frustrado a que se cobra eficácia seja de índole social, política, tributária, previdenciária, etc.).

Já quanto o segundo requisito de cabimento do Mandado de Injunção (item b), não obstante o Supremo Tribunal Federal ter adotado a teoria abrangente, abrangendo no rol tutelável via mandado de injunção, quaisquer direitos e liberdades constitucionais, ao contrário, veremos que não é todo tipo de norma constitucional atribuidora de direitos que possibilita o manejo da ação injuncional.

<sup>19</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. 5.ed.rev, São Paulo, RCS Editora, 2007.

<sup>20</sup> Tal se infere de trecho do voto dado no autos do MI-Agr. 554- SP, onde o Ministro Gilmar Mendes, relator, manifestou-se da seguinte forma “ Tal como deixei consignado quando neguei seguimento ao mandado de injunção, a agravante requer a regulamentação de um Decreto-Lei cuja previsão constitucional é inexistente. Portanto, não é o caso de Mandado de Injunção, posto que a pretensão não tem como parâmetro direitos e liberdades constitucionais previstos na Constituição de 1988, mas sim norma infraconstitucional, um decreto-lei de 1986. Como é sabido, o mandado de injunção é cabível para sanar omissão de regulamentação de norma constitucional nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal (...)”

Sabe-se que de acordo com a mais lembrada e consolidada doutrina pátria, as normas constitucionais (relativamente à eficácia) se classificam em três espécies: as de eficácia plena, as de eficácia contida, e as de eficácia limitada.

As normas constitucionais de eficácia plena produzem ou podem produzir seus efeitos imediatamente, são suficientes por si mesmas, possuindo densidade normativa bastante para irradiar sua disciplina direta e integralmente.

Por conta de tais características não será possível a impetração de mandado de injunção tendo como escopo atribuir eficácia a norma dessa estirpe, muito porque é de sua natureza a prescindibilidade de intervenção legislativa para que irrompa sua cogência na realidade fática.

O Supremo Tribunal Federal tem remansosa e contínua jurisprudência no sentido de não-conhecer o mandado de injunção quando se rebela em face de norma constitucional de eficácia plena. Vejamos a seguinte ementa da Questão de Ordem no Mandado de Injunção 97-MG, Relatado pelo Ministro Sidney Sanches, julgamento 01/02/1990<sup>21</sup>:

*- MANDADO DE INJUNÇÃO (ART. 5., INCISO LXXI, DA C.F. DE 1988). MICRO-EMPRESA. ANISTIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA (ART. 47 DO A.D.C.T. DA C.F. DE 1988).*

*1. Se o direito à anistia já existe (art. 47 do A.D.C.T. da C.F. de 1988), se independe de norma regulamentadora que viabilize seu exercício, não ocorre hipótese de mandado de injunção, que só é cabível exatamente quanto à falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdade, a soberania e a cidadania' (art. 5º., LXXI).*

---

<sup>21</sup> Também nesse sentido:

*EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. VALOR CORRESPONDENTE À TOTALIDADE DOS VENCIMENTOS OU PROVENTOS DO SERVIDOR FALECIDO (§ 5º DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal não conheceu dos Mandados de Injunção n.ºs. 211 e 263, que visavam à elaboração da lei, a que se refere o § 5º do art. 40 da Constituição Federal, porque o considerou auto-aplicável. 2. Nesse sentido, também, acórdão da 1ª Turma no R.E. n.º 140.863 (DJ 11.03.94, p. 4.113, Ementário n.º 1736-03). 3. Sendo assim, é procedente a ação em que se pleiteia pensão correspondente à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor. 4. R.E. conhecido e provido, para se julgar procedente a ação, nos termos do voto do Relator. (RE 219667 / RS, Relator Ministro Sidney Sanches, DJ 06.02.1998)*

***2. É impróprio o uso do mandado de injunção para o exercício de direito decorrente de norma constitucional auto-aplicável.***

***Mandado de injunção não conhecido.***

Igualmente, se for o caso de recusa da autoridade em obedecer norma constitucional auto-aplicável, também não haverá espaço para a propositura de mandado de injunção, e sim mandado de segurança ou outra ação ordinária que alcance iguais objetivos.

As normas constitucionais de eficácia contida também detêm aplicabilidade imediata, podendo, no entanto, sofrer restrição no seu âmbito de incidência por meio de edição ulterior de lei ordinária, ou de lei complementar (quando exigida pela própria constituição).

Exatamente por igualar-se às normas de eficácia plena quanto a possibilidade de sua aplicação imediata é que também as normas de eficácia contida não darão ensejo à propositura de mandado de injunção. Também tem o Pretório Excelso entendido inviável o mandado de injunção para “obter a regulamentação dos efeitos de medida provisória rejeitada”.<sup>22</sup>

É dentre as normas constitucionais de eficácia limitada que o mandado de injunção encontra terreno fértil para agir. Entende-se por normas de eficácia limitada as que não possuem densidade normativa suficiente para por si só gerar comandos certos e delineados, precisando de providências normativas por parte do legislador infraconstitucional que objetive o preenchimento de seu conteúdo, viabilizando a perfectibilização dos efeitos desejados pela constituição.

Advirta-se que a necessidade de atuação legislativa para que seja conferida às normas de eficácia limitada completa eficácia social, não significa que enquanto não editada a lei integradora, destituídas estão as mesmas de qualquer operabilidade.

Na verdade, enquanto não houver a intervenção legislativa necessária para sua inteira aplicabilidade, as normas de eficácia limitada terão ao menos inequívoca eficácia negativa, isto é, revogarão as leis anteriores contrastantes com suas disposições, e condicionarão a validade das leis posteriores à obediências de seus comandos.

Diante do exposto, conclui-se que só será cabível mandado de injunção para obter-se os efeitos jurídicos que restam obstados por falta de norma integradora de dispositivo

---

<sup>22</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 30ª edição, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. Malheiros Editores, São Paulo, 2007.

constitucional de eficácia limitada, não havendo interesse de agir quando se tratar de normas constitucionais de eficácia plena ou contida.

Por fim, o último requisito de cabimento do Mandado de Injunção (item c) é que inexista norma regulamentadora do direito ou liberdade constitucional prevista em norma constitucional de eficácia limitada. Assim já se manifestou o Supremo:

*“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 nexo causal entre vacuum juris e a impossibilidade do exercício dos 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.”<sup>23</sup>*

Caso a norma constitucional de eficácia limitada já tenha sido devidamente regulamentada não há que se cogitar da propositura da ação injuntiva. Nesse ponto elucida Alexandre de Moraes *“Não caberá, portanto, Mandado de Injunção para, sob a alegação de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional, pretender-se a alteração de lei ou de fato normativo já existente, supostamente incompatível com a Constituição, ou para exigir-se uma certa interpretação à aplicação da legislação infraconstitucional, ou ainda para pleitear uma aplicação “mais justa” da lei existente”*.<sup>24</sup>

Saliente-se que a norma integradora do preceito constitucional não há de ser necessariamente uma lei ou qualquer outro ato provindo do Legislativo. Isto fica evidente a partir da análise da competência acerca do conhecimento do mandado de injunção outorgada ao Superior Tribunal de Justiça que diz caber ao citado Tribunal o julgamento do mandado de injunção *“quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de 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”*.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Trecho do voto do relator do M.I. 81-6 DF, Ministro Celso de Mello, publicado no DJU em 25/05/1990.

<sup>24</sup> MORAES, Alexandre. *Curso de Direito Constitucional*, Editora Atlas, São Paulo, 2004, p.181.

<sup>25</sup> Art. 105, I, “h” da Constituição Federal de 1988.

Assim, se enquadrará no conceito de norma regulamentadora faltante toda aquela geral, abstrata e impessoal, necessária para a fruição de direitos-liberdades-prerrogativas previstas na Constituição por norma de eficácia limitada, independentemente de sua natureza ou fonte produtora, podendo ser lei ordinária, lei complementar, resolução, regulamento, decisões administrativas normativas, enfim, qualquer ato de caráter normativo.

A ausência de atos administrativos despídos de caráter normativo, repita-se, não dão azo ao mandado de injunção, possibilitando por sua vez a impetração de mandado de segurança.

Para finalizar o tópico, fica registrado que o Supremo Tribunal Federal tem assentado que prejudica o processamento do *writ* injuncional a superveniente edição da lei integradora até então faltante. Outrossim, se antes ou durante o curso da ação injuncional houver o encaminhamento ao Congresso de projeto de lei que trate justamente da matéria objeto do mandado de injunção interposto também haverá prejudicialidade ou até inadmissibilidade do *writ*. Inclusive, lembra Luís Roberto Barroso<sup>26</sup> que “*Esse foi o fundamento pelo qual se rejeitaram pedidos (i) de procuradores autárquicos que reclamavam omissão do Presidente da República em encaminhar ao Congresso projeto dispendo sobre a Advocacia-Geral da União (art.29, §2º do ADCT), (ii) de Defensor Público em relação à lei a que se refere o art. 22 do ADCT e (iii) de aposentados e pensionistas da Previdência Social em relação ao art. 201, V, §§5º e 6º.*”

Há de se reconhecer que se acaso o projeto de lei estiver em deliberação parlamentar por tempo desarrazoadamente extenso, o Supremo tem convertido sua jurisprudência no sentido de declarar a *inertia deliberandi* do Congresso e superado esse obstáculo passar à análise do mérito do mandado de injunção, justamente como fora feito nas recentes decisões sobre o Direito de Greve dos Servidores Públicos.

### **3.3 Teorias sobre os efeitos da decisão em sede de Mandado de Injunção.**

A dicção normativa dada ao Mandado de Injunção pela Constituição de 88, abrangente e escusando-se de descer à minúcias, possibilita um leque aberto de correntes interpretativas acerca dos mais variados elementos constitutivos dessa ação constitucional.

---

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro, 2ª ed.*. Editora Saraiva, São Paulo, 2006, p.120-121.

Tal fato foi argutamente reconhecido pelo Ministro Moreira Alves em seu voto proferido no *leading case* M.I.-QO 107-3 DF, quando referindo-se à vaguidão do inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal deixou consignado que o referido dispositivo constitucional “*não tem preceito expresso quanto àquele contra quem se propõe essa ação (legitimidade passiva), nem quanto à natureza e aos efeitos da providência jurisdicional dela decorrente (objeto dessa ação), nem quanto ao seu procedimento, exceto, no que diz respeito a esse último aspecto, que da decisão denegatória do mandado de injunção julgado em única instância pelos Tribunais Superiores caberá recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, e que é recorrível a decisão do Tribunal Regional Eleitoral que denegar mandado de injunção.*”

Essa carência de dados mais concretos no delineamento normativo do mandado de injunção, se por um lado, oferece aos seus aplicadores (via de regra, Ministros do STF) um maior espaço de atuação e certa liberdade jurisdicional, por outro traz o incômodo da incerteza jurídica quanto a mais correta aplicação do instituto, refletindo-se em controvérsias judiciais e em jurisprudências claudicantes.

Nesse tópico do presente estudo trataremos das teorias jurídicas nascidas do desvendamento de um traço fundamental do mandado de injunção, qual seja, a sua natureza jurídica e o alcance das sentenças<sup>27</sup> prolatadas no processamento do *writ*.

Basicamente, três correntes concentram as atenções de nossos juristas, decompondo-se uma delas em duas mais.

A primeira orientação, a qual chamaremos de não-concretista<sup>28</sup>, sustenta que o remédio constitucional ineditamente previsto no inciso LXXI, art. 5º da Constituição Federal tem como escopo a prolatação de decisão judicial declaratória do silêncio legislativo, reconhecendo a omissão inconstitucional, cientificando os poderes competentes deste fato e expedindo ordem para que sanem o estado de inconstitucionalidade por inação, com ou sem a fixação de prazo, possuindo neste ponto nítida natureza mandamental.

Outrossim, caso o direito invocado via mandado de injunção fosse oponível em face do próprio Estado, a decisão do remédio também poderia determinar a suspensão dos

---

<sup>27</sup> Aqui invocada em sentido *lato*, já que na maioria das vezes a competência do julgamento do mandado de injunção será originariamente em Tribunais, o que ensejará acórdãos, e não sentença *stricto sensu*.

<sup>28</sup> Aqui adotaremos a classificação proposta por Alexandre de Moraes em Direito Constitucional, Editora Atlas, São Paulo, 2004, p.185. Outros, como Rodrigo Mazzei e Regina Quaresma a alcunha de Teoria da Subsidiariedade.



processos judiciais e administrativos que pudessem ocasionar ao autor lesão que não existiria se acaso não houvesse a omissão inconstitucional.

À esta orientação se insurge a maior parte da doutrina nacional, pois a mera cientificação da inércia legislativa (de todo desnecessária, pois, mais que ninguém o Congresso Nacional e o presidente da república são sabedores da lacuna legislativa, algumas delas, provavelmente, intencionais) e a expedição de ordem para saná-la (ordem, diga-se de passagem, desprovida de qualquer sanção caso descumprida) não resolveria o problema da inefetividade da norma constitucional e não permitirá a fruição pelo interessado de seu direito previsto na Carta Magna.

Isto não é negado pelos defensores da concepção não-concretista, mas é rebatido sob o mote de que se assim é, porque assim se quis pelo constituinte, tendo este restado satisfeito com a singela cientificação da inércia, o que de certa forma representaria certa “pressão” institucional ao Poder omissor para que haja conforme ordenado pela Constituição.

Deste modo, interpretação acerca do Mandado de Injunção aderente à corrente não-concretista, mesmo que de forma inconsciente, conspiraria pela contínua ineficácia das normas constitucionais de eficácia limitada e perpetuaria o estado de inconstitucionalidade verificado.

Percebe-se que o mandado de injunção, pelos defensores desta orientação, teria efeitos idênticos ao da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, sendo quase que mera faceta difusa desta. Haveria assim, *“dois remédios constitucionais para que seja dada ciência ao órgão omissor do Poder Público, e nenhum para que se componha, em via judicial, a violação do direito constitucional pleiteado”*.<sup>29</sup>

Observou Rodrigo Mazzei<sup>30</sup> *“Em nosso sentir, a presente teoria não absorve o espírito de garantia constitucional do writ, porquanto a declaração do estado de inércia – assim como a mera cientificação desse estado – não é apta a satisfazer a pretensão do autor prejudicado pela omissão legislativa. É por isso que afirmamos: segundo a teoria da subsidiariedade, o mandado de injunção pouco tem de mandado – já que apenas cientifica –*

---

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. citada. p.126.

<sup>30</sup> O que o autor alcunha de teoria da subsidiariedade, preferimos nesse trabalho denominar de teoria não-concretista.

*e menos ainda de injunção – pois, a declaração que deveria ser injuntiva (concedendo a integração normativa), se limita a certificar o estado de inércia do órgão responsável”.*<sup>31</sup>

A segunda concepção acerca da natureza e extensão da decisão tomada em sede de mandado de injunção é a concretista, que aduz ser a sentença da ação injuntiva de cunho nitidamente declaratório-constitutivo, levando ao alcance do impetrante o direito que lhe é conferido pela ordem constitucional e que se acha frustrado por conta da inércia legislativa.

Esta concepção doutrinária concretista, possui ainda 2 sub-divisões bem definidas. A corrente do concretismo-geral, que sustenta ser a sentença do mandado de injunção extensível *erga omnes* e a concretista-individual que ampara a idéia da eficácia apenas *inter partes* da decisão injuncional proferida. Vejamo-nas mais amiúde.

A corrente concretista geral, conforme já antecipado, defende a posição de que a decisão a ser proferida no *mandamus* injuncional reveste-se de caráter declaratório-constitutivo, expedindo o tribunal julgador a norma regulamentadora faltante, aplicando-se o regramento a todos aqueles que igualmente ostentam a condição de titulares do direito subjetivo reclamado, previsto em norma constitucional de eficácia limitada.

Sendo assim, o *decisum* prolatado não se limitaria a concretizar o direito subjetivo constitucional do impetrante, mas também de todos aqueles que estivessem em igual situação.

Tal pensamento funda-se na necessidade de se imprimir tratamento igualitário a todos que se situam na mesma posição jurídica, tudo em homenagem ao caríssimo princípio jurídico da isonomia.

Também advoga a favor de tal tese o avultamento da necessidade de se conferir aos cidadãos meios mais simplificados de acesso ao direito, já que todos que fossem identicamente titulares da situação jurídica de vantagem reconhecida no mandado de injunção proposto por outrem estariam automaticamente aptos a usufruí-la, prescindindo-se para isso de nova impetração, o que contribuiria enormemente para o desafogo do judiciário.

Apesar das vantagens expostas, a concepção concretista geral sofre com duras críticas pela maior parte da doutrina.

Primeiramente, alega-se que caso acolhidas as idéias concretistas gerais estaria o judiciário invadindo indevidamente o espaço de atuação reservado ao legislador, único com legítimas atribuições de editar normas dotadas de generalidade, impessoalidade e abstração, o

---

<sup>31</sup> MAZZEI, Rodrigo Reis. *Ações Constitucionais*, 3ª ed., Organizador: Fredie Didier Junior, Editora JusPodivm, Salvador, 2008, p.224.

que apresentaria, segundo os seus críticos, grave violação ao princípio da independência dos poderes.

Há ainda a argumentação que ao se estender *erga omnes* os efeitos da decisão do mandado de injunção, estar-se-ia transformando um instituto voltado tipicamente para a tutela de direitos subjetivos em instrumento de defesa do direito objetivo.

Outrossim, permitiria-se um alcance ao mandado de injunção, impetrável por qualquer um do povo, de bem maior abrangência e envergadura daquele que foi destinado à Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, que só pode ser proposta por aqueles taxativamente enumerados na Constituição.

Nesse sentido, Moreira Alves, nos autos do voto da Questão de Ordem no Mandado de Injunção 107-3, DF, *in verbis* “ *o que não se permite seja obtido pelos legitimados ativamente para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, que é processo objetivo em que não há defesa de interesses particulares e que se destina ao interesse público maior que é a defesa da Constituição, seria lícito alcançar por qualquer pessoa na defesa de interesse individual, o que levaria ao absurdo de o mandado de injunção esvaziar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Sim. Pelo menos, seria inexplicável que a regulamentação do texto constitucional objeto de ação direta proposta por uma entidade de classe de âmbito nacional não pudesse ser por ela alcançada, limitando-se o Supremo Tribunal Federal a dar ciência, ao Poder omisso, imediatamente após, um mandado de injunção impetrado por uma pessoa filiada a essa mesma entidade de classe de âmbito nacional, pudesse regulamentar o mesmo texto constitucional objeto daquela ação direta, e regulamentá-lo com eficácia erga omnes*”.

Por sua vez, a corrente concretista individual é a que recebe os mais calorosos aplausos de nossa doutrina, o que não a livra de autorizada e arguta crítica.

Assim como a concretista geral, a concepção concretista individual, aduz ter a decisão do mandado de injunção caráter constitutivo, diferindo-se daquela pela restrição da eficácia da decisão às partes do *writ*, ou seja, limitar-se-ia o órgão judiciário a tornar viável individualmente e para o caso concreto a fruição do direito reclamado pela parte.

Flávia Piovesan, uma das adeptas da corrente concretista individual, deixa claro que<sup>32</sup> “*A decisão proferida em mandado de injunção, nesta ótica, permite remover, no caso concreto, a inconstitucionalidade por omissão em matéria de direitos subjetivos*

---

<sup>32</sup> PIOVESAN, Flávia. Op. cit. P. 159.

*constitucionais. Em outras palavras, no caso de lacuna inconstitucional, caberá ao Poder Judiciário criar norma de decisão para o caso concreto, dentro da teleologia do sistema normativo existente, sendo-lhe vedado editar normas de regulação gerais e abstratas (...)*”.

Importante enfatizar que, segundo as idéias concretistas individuais, o judiciário apenas faria o que já costumeiramente perfaz, isto é, expediria no caso concreto norma jurídica individual em forma de sentença, não havendo de se falar, nessas circunstâncias, de qualquer invasão judicial da competência legislativa, já que não haveria a imposição de regras gerais e abstratas (como prega a ideologia concretista geral), e sim a produção de normas individuais e particularizadas.

O fato de ser quase que unanimemente apoiada pelos juristas brasileiros não imuniza a corrente concretista individual de críticas.

Um das é quase intuitiva: a proliferação de demandas idênticas<sup>33</sup> e a possibilidade de surgimento de diversas normatizações distintas para casos exatamente iguais, o que fere de morte os princípios da segurança jurídica e da isonomia. Rebate-se essa crítica com a assertiva de que, pensando exatamente nesta possibilidade, o constituinte concentrou a competência de julgamento do mandado de injunção nos tribunais como meio de mitigar, reduzir ou até eliminar possíveis divergências jurisprudenciais.

Outra fragilidade dessa concepção foi soberanamente exposta pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Moreira Alves, de quem, novamente nos servimos na fonte “*Para os adeptos dessa segunda corrente que circunscrevem a eficácia da regulamentação às partes, não admitindo sua extensão aos casos análogos, o mandado de injunção com essa índole seria insusceptível de viabilizar o exercício de toda uma espécie de prerrogativas para a qual ele foi criado pelo artigo 5º, LXXI: as prerrogativas inerentes à soberania popular. Com efeito, essas prerrogativas, que dizem respeito a plebiscito, iniciativa popular legislativa e referendo, são insusceptíveis, pelo caráter coletivo ínsito à sua natureza mesma, de regulamentação individual, que a tanto conduz a regulamentação a ser aplicada ao caso concreto. Só isso basta para afastar essa variante da segunda corrente, pois não se pode atribuir ao mandado de injunção natureza que é impossível com uma das hipóteses para as quais ele foi constitucionalmente criado*”.

---

<sup>33</sup> Quando adjetivamos de idêntica uma demanda não estamos nos apegando ao conceito processualístico tradicional (e correto) que apenas qualifica como idêntica as demandas que detém a tríplice semelhança de partes, objeto e causa de pedir. Ao dizermos ‘ações idênticas’ queremos nos referir àquelas que, apesar da distinção de partes, possuem objeto e causa de pedir perfeitamente similares.

Por último, há também os que defendam uma posição mista<sup>34</sup> (como sói acontecer) dentre as teses concretistas e não concretistas, servindo-se de partes de cada uma delas, motivo pela qual a denominaremos de concepção intermediária.

Pela concepção intermediária, ao proferir decisão no mandado de injunção, o órgão julgador deve, num primeiro momento, cientificar o Poder Inerte da omissão inconstitucional, fixando prazo razoável para sua correição, escoado *in albis* o prazo fixado, ficaria apto o próprio poder judiciário a, regulamentando no caso concreto, tornar viável o direito subjetivo do impetrante.

Deste modo, dar-se-ia oportunidade ao Poder competente para afastar sua própria desídia e assim exercer sua atribuição constitucional, mas, concomitantemente, não se resumiria a deixar margem que a permanência da inércia prejudicasse os titulares do direito vindicado, já que escoado o prazo demarcado sem qualquer produção normativa por aquele legitimado, ficaria automaticamente autorizado o tribunal a viabilizar o direito obstaculizado por falta de norma integradora.

### **3.4 Distinções do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.**

Apesar de terem sido idealizados como meios de purgar a inércia legislativa, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão são remédios constitucionais perfeitamente distintos, inconfundíveis, portanto.

*“Ao contrário do mandado de injunção, as origens da ação de inconstitucionalidade por omissão são mais claras, sendo corrente que a mesma teve raízes na Constituição de 1974 da República Federativa Socialista da Iugoslávia, pela qual o Tribunal Constitucional era dotado de competência para julgar o pedido de declaração de inconstitucionalidade.*

---

<sup>34</sup> Excerto do pronunciamento do Ministro Néri da Silveira durante a sétima sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, ocorrida em 16 de Março de 1995 e publicada no Diário da Justiça de 4 de Abril de 1995 “(...) Por último registro minha opinião, que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. Adoto posição que considero intermediária. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento da reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito in concreto”.

*Além da referida herança, não se nega a influência lusa, já que tem o nosso instituto os mesmos contornos traçados na Constituição da República Portuguesa de 1976”<sup>35</sup>*

Prevista no art. 103, §2º da Constituição Federal “*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.*”, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão tem como escopo a defesa da ordem jurídica objetiva, tornando efetiva a norma constitucional por meio da cientificação do Poder omissor do seu estado de inércia (ou, no caso de falta de regulamento administrativo faltante, ordenar que a autoridade competente o edite sob pena de responsabilidade funcional ou até mesmo penal), ao passo que o mandado de injunção é preponderante remédio destinado à proteção de direitos subjetivos (não obstante, como vimos, a corrente concretista geral propor a extensão *erga omnes* da sentença), visando tornar viável o exercício de direitos-liberdades-prerrogativas constitucionais obstaculizadas por falta de norma integradora de dispositivo constitucional de eficácia limitada.

A legitimação para a propositura das duas ações também é drasticamente distinto. Enquanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão tem rol taxativo de legitimados à sua propositura, restringindo-se o pólo ativo ao presidente da república, ou à mesa do Senado Federal, ou à mesa da Câmara dos Deputados, ou à Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; ou aos Governadores de Estado ou do Distrito Federal; ou ao Procurador-Geral da República; ou ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; ou a partido político com representação no Congresso Nacional ou à confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, o mandado de injunção pode ser impetrado por qualquer um interessado (a legitimidade ativa receberá tratamento mais detido adiante).

As competências dos órgãos jurisdicionais também não coincidem. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão apenas o Supremo Tribunal Federal poderá processá-la, enquanto o mandado de injunção, não obstante ser o Pretório Excelso também legitimado (e via de regra acaba sendo o maior destinatário das ações dessa espécie), outros órgãos

---

<sup>35</sup> MAZZEI, Rodrigo. Op. cit. 236.

judiciários também poderão ser acionados, como os Tribunais Superiores, Tribunais Estaduais e até juízes monocráticos.<sup>36</sup>

### 3.5 A adaptação ao rito do Mandado de Segurança.

O inciso LXXI da Constituição Federal de 1988 não fez nenhuma menção quanto ao rito a ser seguido quando do processamento do mandado de injunção.

O interessante é que durante boa parte da tramitação constituinte, o texto que previa o mandado de injunção enfatizava que o rito injuncional seria o mesmo do Mandado de Segurança, o que acabou restando ausente no texto final.

Esta ausência chegou a fazer parte dos doutrinadores nacionais acreditar que a nova ação constitucional carecia de aplicabilidade imediata<sup>37</sup>, o que, foi afastado pelo Supremo Tribunal Federal, na primeira oportunidade que teve de debruçar-se sobre o assunto, no multicitado M.I. 107-3, DF, que possui a seguinte ementa:

***EMENTA:** Mandado de Injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade ou não.*

- (...)

*- Assim fixada a natureza jurídica desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte – que está devidamente definida pelo artigo 102, I, q -, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber.*

*Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator.*

---

<sup>36</sup> Nos deteremos de forma mais precisa sobre a competência para conhecer e julgar o Mandado de Injunção no quarto capítulo desse estudo.

<sup>37</sup> Luís Roberto Barroso não deixa passar despercebida a ironia de se considerar inaplicável por si, o writ “criado precisamente para superar a paralisia resultante de normas constitucionais carentes de regulamentação”

Reconhecida a auto-aplicabilidade do Mandado de Injunção pelo M.I. 107-3, DF, também ficou claro pelo teor da decisão que, enquanto não especificamente regulamentado o Mandado de Injunção, caberia a aplicação analógica dos procedimentos do Mandado de Segurança, o que de certa forma acaba provocando uma aceleração do julgamento, pela escolha de rito sumarizante, marcado pela compressão de atos processuais.

O precedente jurisprudencial foi positivado com a edição da Lei 8.038, de 28 de Março de 1990, que dispôs em seu art. 24, parágrafo único “*No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica*”.

Impede observar que o uso do procedimento do mandado de segurança será apenas *no que couber*, noutras palavras, se a aplicação do rito do mandado de segurança em algum ponto vier a colidir com os objetivos e efeitos desejados no mandado de injunção, naturalmente, neste ponto, haverá de ser afastada a analogia.

Por exemplo, em algumas situações as limitações de produção probatória contidas no mandado de segurança poderão acarretar a impossibilidade de cognição judicial acerca do Mandado de Injunção, motivo pelo qual deverão ser afastadas as ditas restrições, admitindo, inclusive, em situações excepcionais a prova pericial e testemunhal, sempre inadmissíveis no Mandado de Segurança.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo, por exemplo, que não cabe no Mandado de Injunção o deferimento de medidas de urgência. O provimento liminar, uma das marcantes características do mandado de segurança, portanto, não poderá ser concedido quando estivermos tratando de ação injuncional. É nesse sentido a jurisprudência abaixo<sup>38</sup>:

*MANDADO DE INJUNÇÃO – LIMINAR – Os pronunciamentos da Corte são reiterados sobre a impossibilidade de se implementar liminar em Mandado de Injunção – Mandados de Injunção 283, 542, 631, 636, 652 e 694, (...)*

Esta posição da Corte Suprema provavelmente decorre da concepção não-concretista adotada pelo STF durante os julgamentos dos Mandados de Injunção postos a sua cognição. Ora, se a própria decisão final do Mandado de Injunção, de acordo com a teoria não-

---

<sup>38</sup> Agravo Regimental na Ação Cautelar 124-2, Paraná, Relator: Ministro Marco Aurélio, publicado em 24.09.2004.



concretista, seria inábil para afastar a lesão sofrida pelo impetrante, já que apenas científicaria o poder omissivo do silêncio legislativo, não seria razoável que mera liminar lograsse esse objetivo. Com a mudança do entendimento do Pretório Excelso acerca da natureza jurídica do Mandado de Injunção, é possível que a recalcitrância na concessão de liminares no mandado injuntivo venha, também, a sofrer alteração.

Igualmente, não incide no Mandado de Injunção o limitativo prazo de 120 (cento e vinte) dias para impetração, como ocorre com o mandado de segurança, não havendo que se falar em decadência do direito ao *mandum* injuncional caso este seja proposto em data que supere o centésimo vigésimo dia da lesão do direito vindicado. Não obstante isso, nada impossibilita que a vindoura lei que esmiúce o trâmite do Mandado de Injunção, preveja igual restrição.

Merece algumas linhas a mais de atenção o tratamento da coisa julgada da decisão do Mandado de Injunção. Dependendo da tese que se adota (não-concretista, concretista ou intermediária) a questão pode ocasionar dúvidas e celeumas.

Se a decisão se amoldar ao que prega a orientação não-concretista, ou seja, limitar-se a declarar o estado de inércia, científicar o Poder omissivo e determinar que seja sanada a inação (sem qualquer sanção caso desobedecido, repita-se), não haverá maiores problemas, a coisa julgada envolverá apenas a declaração que reconhece ou não o silêncio legislativo.

No entanto, se for proferida sentença de teor concretista (seja geral ou individual), ou intermediária (e escoado o prazo fixado sem a edição da norma regulamentadora), divergem os especialistas.

Há os que sustentam que a regulamentação proferida pelo judiciário em determinado caso concreto e em referência a determinada relação jurídica, manter-se-ia mesmo com o surgimento da lei faltante produzida pelo Congresso Nacional, já que a decisão estaria acobertada pelo manto da coisa julgada.

Outros arregimentam idéias no sentido de que a regulação dada pela sentença injuntiva só produzirá efeitos enquanto não editada a lei faltante, editada esta, por ela serão regidas as relações jurídicas outrora objeto do mandado de injunção, havendo assim que se falar de uma coisa julgada transitória, mais uma exceção ao princípio da imutabilidade das decisões judiciais transitadas em julgado (assim como a ação rescisória).

No único precedente que temos da questão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, podemos dizer que o Pretório Excelso adotou o entendimento de que a decisão do

mandado de injunção, deveras, conserva-se protegida pela coisa julgada, excepcionalmente devendo ceder a regulamentação dada no *writ* pela normatização ulterior da lei integradora apenas se a lei superveniente se mostre mais benéfica ao impetrante, conforme se verifica no dispositivo do acórdão do M.I. 283-5/DF “*Para isso, acolho a solução alvitrada, nos seguintes termos: (...) c) declaro que, prolatada a condenação, a superveniência da 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*”.

Dessarte, não podemos nos furtar a comentar que o Supremo não tem admitido a desistência em Mandado de Injunção Coletivo (não há precedentes relativamente ao mandado de injunção individual), sob o argumento de que nas ações coletivas o substituto atua em nome alheio, não detendo a titularidade sobre os direitos vindicados, sendo inviável a renúncia, portanto. Sustenta-se ainda que a indisponibilidade é característica típica das ações constitucionais.<sup>39</sup>

### **3.6. A possibilidade do Mandado de Injunção coletivo.**

A Constituição Federal de 1988 foi farta na previsão de meios de tutela judicial pela via coletiva. Previu, por exemplo, de forma expressa o cabimento do Mandado de Segurança Coletivo ao dispor em seu artigo 5º, inciso LXX “O Mandado de Segurança coletivo poder ser impetrado por (...)”.

Não se reduziu, entretanto, a Constituição a prever a tutela coletiva apenas por intermédio do mandado de segurança coletivo. Pelo contrário. O artigo 8º, inciso III, também do texto constitucional assevera caber aos sindicatos a defesa dos direitos e interesses individuais e *coletivos* da categoria, inclusive na via judicial. É também sob a inspiração coletivista que reza o artigo 5º, inciso XXI de nossa carta constitucional “as entidades

---

<sup>39</sup> *EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ARTIGO 5º, LXXI, DA CB/88. QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. PEDIDO DE DESISTÊNCIA TARDIO. JULGAMENTO INICIADO. NÃO CABIMENTO. CONTINUIDADE DO PROCESSAMENTO DO FEITO. 1. É incabível o pedido de desistência formulado após o início do julgamento por esta Corte, quando a maioria dos Ministros já havia se manifestado favoravelmente à concessão da medida. 2. O mandado de injunção coletivo, bem como a ação direta de inconstitucionalidade, não pode ser utilizado como meio de pressão sobre o Poder Judiciário ou qualquer entidade. 3. Sindicato que, na relação processual, é legitimado extraordinário para figurar na causa; sindicato que postula em nome próprio, na defesa de direito alheio. Os substitutos processuais não detêm a titularidade dessas ações. O princípio da indisponibilidade é inerente às ações constitucionais. 4. Pedido de desistência rejeitado. Prosseguimento do mandado de injunção.* (MI-QO 712-PA, Relator Ministro Eros Grau, DJ 23/11/2007)

associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

Fica claro que a intenção constituinte foi de abrir as portas ao processo coletivo, consentâneo e forte na idéia de acesso a justiça, uniformização de jurisprudência e economia processual, três valores indubitavelmente de pujante relevância no cenário jurídico.

Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior identificam, outrossim, uma inegável motivação sociológica na procura da “coletivização do processo”, *in verbis* “As motivações sociológicas podem ser verificadas e identificadas no aumento das “demandas de massa” instigando uma litigiosidade de massa, que precisa ser controlada em face da crescente industrialização, urbanização e globalização da sociedade contemporânea. A constitucionalização dos direitos e os movimentos pelos direitos humanos e pela efetividade dos direitos fundamentais (como direitos humanos constitucionalizados), partindo dos primeiros documentos internacionais resultantes do fim da II Guerra Mundial, levaram o Direito a um novo patamar pós-positivista e principiológico, exigindo uma nova postura da sociedade em relação aos direitos. A visão dos consumidores do direito e não apenas dos órgãos produtores do direito passa a ingressar no cenário. Para tutelar efetivamente os “consumidores” do direito as demandas individuais não faziam mais frente a nova realidade complexa da sociedade”.

No trato do Mandado de Injunção, a questão sobre a sua vocação coletiva ganhou peculiar controvérsia. Talvez porque, ao contrário do mandado de segurança, não houve fixação expressa pelo constituinte acerca de um “mandado de injunção coletivo”, o que, para alguns, demonstravam que o novo *writ* para a tutela coletiva não serviria.

Por outro lado, é inequívoco constatar-se que uma omissão legislativa que frustrasse direitos-liberdades-prerrogativas constitucionais atingem uma massa incalculável de prejudicados, até, tendo em vista, o caráter geral e abstrato das normas instituidoras dos ditos direitos-liberdades-prerrogativas assegurados pela Constituição.

Desses argumentos contrastantes acabou surgindo impasse doutrinário que se refletiu na jurisprudência: uma ação voltada para sanar lesão que envolvem, muitas vezes, incalculável massa de prejudicados não seria apta a utilizar-se dos métodos e meios de tutela coletiva ?

A questão foi definida pelo Supremo Tribunal Federal durante o julgamento do Mandado de Injunção 361, em que suscitada dúvida sobre a legitimidade ativa de sindicato

em sede de mandado de injunção pelo Ministro Marco Aurélio<sup>40</sup>, a Corte passou a se debruçar especificamente sobre o assunto.

Ficou assentado que, apesar de não consignado de forma expressa na Constituição, a legitimidade ativa coletiva no mandado de injunção decorre naturalmente de suas finalidades, urgindo que se aplique interpretação teleológica neste ponto, haja vista o caráter eminentemente multitudinário dos direitos-liberdades-prerrogativas tuteláveis pelo *writ* injuncional. Por conta disso, perfeitamente extensível ao mandado de injunção as disposições acerca do mandado de segurança coletivo, possibilitando-se a tutela coletiva no âmbito do mandado de injunção, inclusive, sem a necessidade de autorização expressa dos representados (como se exige no art. 5, XXI da C.F., tese defendida pelo Ministro Marco Aurélio). Assim ementou-se a decisão:

*I - Mandado de injunção coletivo: admissibilidade, por aplicação analógica do art. 5., lxx, da constituição; legitimidade, no caso, entidade sindical de pequenas e medias empresas, as quais, notoriamente dependentes do crédito bancario, tem interesse comum na eficacia do art. 192, par. 3., da constituição, que fixou limites aos juros reais. (...)*

O Superior Tribunal de Tribunal de Justiça, chegou a afirmar<sup>41</sup> que além de perfeitamente aplicável a analogia do mandado de segurança coletivo ao mandado de injunção, na ação de injunção seria desnecessária que a entidade de classe estivesse constituída há mais de um ano, já que tal restrição seria unicamente ao mandado de segurança coletivo.

---

<sup>40</sup> Assim de manifestou o Ministro Marco Aurélio (que chegou a reconhecer a possibilidade de impetração coletiva do mandado de injunção, submentendo-o, porém, ao regramento do art. 5º, inciso XXI da C.F., que trata da legitimidade das associações na defesa judicial dos associados, desde que expressamente autorizadas) no julgamento do MI 361-1 “*Senhor Presidente, peço vênua ao nobre relator para suscitar a preliminar de ilegitimidade ad causam, porquanto o que verificamos é que se atribuiu, realmente, um tratamento diferenciado relativamente ao mandado de segurança coletivo. A impetração do mandado de segurança coletivo prescinde da autorização. Não obstante, atuando a entidade associativa como atua, no caso, na via do mandado de injunção, há necessidade de observar-se o teor do inciso XXI do artigo 5º. Nem se siga que, na hipótese, temos a configuração do que previsto no artigo 8º da Constituição Federal, já que não se está diante aqui de um direito inerente à categoria econômica*”

<sup>41</sup> “*para requerer mandado de injunção não é preciso que a pessoa jurídica tenha sido constituída há pelo menos um ano, pois o artigo 5º, inciso LXX,b, da Constituição refere-se ao mandado de segurança coletivo e não ao mandado de injunção.*” (DJU, 11 junho de 1990, p.5347, MI 19-DF, rel. Ministro Antonio Ribeiro)

O STF não compartilha desse entendimento, exigindo que caso a impetrante seja entidade de classe, que esteja constituída há pelo menos mais de um ano.<sup>42</sup>

### **3.7. Competência para apreciar o mandado de injunção originariamente e em grau de recurso.**

A Constituição Federal repartiu a competência para apreciar o Mandado de Injunção de forma a concentrá-la em tribunais, notadamente os superiores. Foi provavelmente uma maneira de se evitar a pulverização de decisões em sentido contrário, o que iria de encontro aos ideais de segurança jurídica e de tratamento igualitário dos impetrantes.

Luís Roberto Barroso<sup>43</sup> anota que *“De fato, partindo da premissa de que ele se destina a sanar, para o caso concreto, a omissão legislativa, a concentração de competência nos tribunais evita a dispersão do poder decisório e permite manter uma uniformidade de critério na integração de lacunas, evitando decisões conflitantes ou não isonômicas”*.

O fundamento de competência escolhido pelo legislador constituinte foi o que leva em conta a qualidade da autoridade impetrada (como, por exemplo, ocorre no mandado de segurança), o que denota indiscutível critério *ratione personae*. Pela análise dos dispositivos constitucionais que tratam do mandado de injunção é fácil verificar que a definição do órgão judiciário para o julgamento do *writ* fica a depender da constatação de a quem se reputa a inércia legislativa.

Assim, ao STF cabe, originariamente, o julgamento do mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora faltante for da atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma

---

<sup>42</sup> **EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA INSCRITA NO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89, QUE REGE O DIREITO DE GREVE NA INICIATIVA PRIVADA, ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. MANDADO DE INJUNÇÃO UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DO MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO-CONHECIMENTO. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. Este Tribunal entende que a utilização do mandado de injunção como sucedâneo do mandado de segurança é inviável. Precedentes. 3. O mandado de injunção é ação constitutiva; não é ação condenatória, não se presta a condenar o Congresso ao cumprimento de obrigação de fazer. Não cabe a cominação de pena pecuniária pela continuidade da omissão legislativa 4. Mandado de injunção não conhecido. (MI 689-PB, Relator Eros Grau, publicado em 18/08/2006)**

<sup>43</sup> Op. cit. p.113.

dessas casas legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal.<sup>44</sup>

Já em âmbito recursal, o Supremo Tribunal Federal julga os recursos ordinários constitucionais interpostos da denegação de mandado de injunção proferida por tribunal superior em única instância. Atente-se que apenas a *denegação* do mandado de injunção autoriza a interposição do recurso ordinário. Caso o mandado de injunção seja deferido, o impetrado, se for umas das hipóteses em que o recurso extraordinário é cabível, poderá propô-lo.<sup>45</sup>

Por sua vez, ao Superior Tribunal de Justiça<sup>46</sup> cabe o pedido injuntivo quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de 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 e da Justiça Federal.

A competência do Superior Tribunal de Justiça em sede de mandado de injunção é essencialmente residual, havendo apenas de se interpelar aquela corte se a matéria a qual se exige lei integradora não for da órbita de competência da Justiça Eleitoral, do Trabalho, Militar e Federal.

O Superior Tribunal de Justiça não tem atribuição ordinária recursal no mandado de injunção, porém há a possibilidade em tese de que a decisão de mandado de injunção proferida por tribunal de justiça possa dar ensejo a recurso especial, o que, diga-se de passagem, dificilmente ocorrerá.

As Justiças Eleitoral, Trabalhista e Militar podem receber mandado de injunção, o que será previsto nas leis que regem suas competências.<sup>47</sup> Há, inclusive, previsão expressa quanto à justiça eleitoral da possibilidade de impetração de recurso ordinário ao Tribunal Superior Eleitoral da denegação de mandado de injunção ocorrida em Tribunal Regional Eleitoral.

---

<sup>44</sup> Art. 105, I, h, da Constituição de 88.

<sup>45</sup> *EMENTA: Constitucional. Mandado de Injunção. Ausência de lei municipal para revisar a remuneração de servidores. Não compete ao Poder Judiciário dar ao Mandado de Injunção feição negada pelo Constituinte. Acórdão recorrido em confronto com a orientação do STF (MI 543). Ocorrência dos pressupostos de concessão da medida liminar. Efeito suspensivo ao RE. Questão de ordem que se resolve no sentido de se referendar a decisão concessiva de limina. (AC-QO 43-SE, Relator Nelson Jobim, publicado DJU 12/12/2003)*

<sup>46</sup> Reza o regimento interno do STJ que o mandado de injunção será registrado no protocolo da secretaria do tribunal na classe petição (petição de mandado de injunção), em numeração contínua e seriada, adotando-se a sigla MI. O registro e a distribuição far-se-ão pelo sistema eletrônico usual, designadas as partes, respectivamente, como impetrante e impetrado.

<sup>47</sup> A Justiça Eleitoral, Militar e Trabalhista tem parte de suas competências delegadas à legislação infraconstitucional.

Já a Justiça Federal, muito embora conste ressalva à competência do Superior Tribunal de Justiça quando a matéria for do âmbito da mesma, não foi, contraditoriamente, arrogada de poderes injuntivos, haja vista sua competência ter sido exaustivamente contornada pela Constituição Federal, sem previsão de hipótese em que o *writ* seja lá proposto, o que de certa forma lamenta-se, esperando que o constituinte reformador supra essa incoerência constitucional.

Por fim, houve quem defendesse a impossibilidade das justiças estaduais conhecerem de mandado de injunção com o fito de darem eficácia às normas constitucionais estaduais. Hoje, porém, a matéria é pacífica, podendo existir previsão nas Constituições Estaduais da propositura do mandado de injunção, em homenagem ao princípio da simetria. A competência nesses casos recairá, via de regra, nos tribunais de justiça, o que não importa em inconstitucionalidade caso a questão seja remetida ao juízo de primeiro grau<sup>48</sup>, o que ocorre, por exemplo no Rio de Janeiro, onde a constituição estadual prevê a competência dos juízes de primeiro grau para apreciar mandado de injunção quando a falta da norma se imputar à autoridade legislativa municipal.

A Constituição Cearense, por exemplo, anota em seu artigo 108, VII, c, a competência originária do Tribunal de Justiça do Ceará contra a omissão<sup>49</sup> do Governador do Estado, da Mesa e da Presidência da Assembléia Legislativa, do próprio Tribunal ou de algum de seus órgãos, do Tribunal de Alçada ou de algum de seus órgãos, dos Secretários de Estado, do Tribunal de Contas do Estado ou de algum de seus órgãos, do Tribunal de Contas dos municípios ou algum de seus órgãos, do Procurador Geral de Justiça, do Procurador Geral do Estado, do Chefe da Casa Militar, do Chefe do Gabinete do Governador, do Ouvidor Geral do Estado, do Defensor Público Geral do Estado e de quaisquer outras autoridades a estas equiparadas na forma da lei.

### **3.8. Legitimidade ativa e passiva no Mandado de Injunção.**

Infere-se da própria localização topográfica do dispositivo constitucional que prevê o mandado de injunção, que a legitimidade ativa de propositura do *writ* é amplíssima. Isso

---

<sup>48</sup> BARROSO, Luís. Op.cit. p.114.

<sup>49</sup> Interessante que o constituinte cearense não qualificou a omissão, podendo, a princípio, ser ela legislativa ou não. No entanto, alargando as hipóteses do mandado de injunção à questões não atinentes à falta de normatização, o mandado de injunção estadual teria campo de abrangência maior que aquele previsto na constituição federal, o que não se pode admitir. Assim, há de se entender que a omissão referida no dispositivo constitucional estadual é necessariamente a omissão legislativa.

porque o artigo 5º, inciso LXXI está inserto no título *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, capítulo *Dos Direitos e Deveres individuais e coletivos*. Direitos e garantias de tal envergadura e qualificação são de nítida vocação plúrima, razão pela qual é insurgente que a legitimidade ativa do mandado de injunção repousa nas mais variadas personalidades.

Assim, seja a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, caso se veja frustrada por falta de lei integradora na realização de um direito-liberdade-prerrogativa constitucionalmente assegurada poderá impetrar a ação injuntiva.

Há inclusive corrente doutrinária que entes detentores apenas da chamada personalidade judiciária também seriam aptos a integrar a parte ativa do mandado de injunção, o que abriria portas à propositura do *writ* à, por exemplo, massa falida, espólio e outras universalidades.

Já se viu que é pacífico nos nossos tribunais a possibilidade de se intentar mandado de injunção de índole coletiva. Nesse caso a legitimidade há de recair analogamente àqueles a quem também cabe impetrar mandado de segurança coletivo, elencados no art. 5º, LXX da Constituição Federal de 1988.

Parte da doutrina defende inclusive rol de legitimados coletivos ainda de maior largueza. “*em nossa opinião a legitimidade ativa no mandado de injunção é mais ampla, transbordando a listagem das letras do inciso LXX do art. 5º, não podendo ali se fazer leitura restritiva. Isso porque o legislador não fecha os contornos da legitimação ativa naquele dispositivo (que possui índole coletiva e portanto recebe incidência da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, no que for possível).*”<sup>50</sup>

Certa controvérsia envolve o Ministério Público e sua potencialidade como autor de mandado de injunção. Tal discussão acaba sendo mero reflexo de igual dúvida em sede de mandado de segurança coletivo.

Como o *parquet* não teria sido taxativamente previsto pelo inciso LXX do art. 5º como parte autor no mandado de segurança coletivo (e via de consequência, no mandado de injunção, haja vista a aplicação analógica já definida pela Corte Suprema), há autores e estudiosos do Direito que aduzem não poder o *parquet* se imiscuir em tais tipos de ações constitucionais.

Nos parece, porém, que a ausência de previsão expressa da legitimidade do Ministério Público do rol de legitimados do art. 5º, LXX não tem, de maneira alguma, o condão de afastá-lo do pólo ativo dos mandado de segurança e injunção coletivos. Se chega à

---

<sup>50</sup> MAZZEI, Rodrigo. Op. cit. p.246.



essa conclusão através de uma análise mais compromissada com os dispositivos constitucionais que aludem às atribuições do Ministério Público, especialmente do conteúdo do art. 129, II, que reza ser função institucional do M.P. “*zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;*”. Ora, sendo função do *Parquet* justamente cuidar pelo respeito do Poder Público aos direitos assegurados na Constituição de 88, promovendo as medidas necessárias para lograr tal objetivo, e sendo o mandado de injunção a ação constitucional criada propriamente para se fazer respeitar direitos-liberdades-prerrogativas constitucionais do cidadão lesionados por conta da inércia legislativa do Poder Público, fica claro que possui o Ministério Público legitimidade ativa para propor o *mandamus* injuncional.

Não foi por outro motivo que o art. 6º da Lei Complementar 75/93, que trata das atribuições e organização do Ministério Público da União, assim dispõe “*Promover outras ações, nelas incluídas o mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando difusos os interesses a serem protegidos*”. Positivada, portanto, a legitimidade do Ministério Público para impetrar mandado de injunção.

Já a definição daqueles que ostentarão a legitimidade passiva no mandado de injunção é matéria das mais tormentosas no estudo desta ação constitucional, e as opiniões estarão necessariamente lastreadas de acordo com a corrente que se filia o jurista.

Para os adeptos da corrente não-concretista, a legitimidade passiva é tema simples, que não desperta qualquer dúvida. Se a decisão do mandado de injunção se limita a cientificar o poder omissivo de sua própria inércia, fixando-lhe prazo para saná-la, mas prazo este que, se escoado, é desprovido de qualquer sanção, fica óbvio que a legitimidade passiva recairá apenas sobre o órgão a quem se reputa a omissão.

Via de regra, o impetrado será o Congresso Nacional, haja vista ser o órgão incumbido da edição das leis. Anote-se, porém, que se a matéria a ser legislada for de iniciativa privativa de outro órgão que não qualquer das casas do Congresso Nacional, aquele órgão é quem deverá ser citado, tendo em vista que o Congresso não apresenta estado de inércia, pois só pode deliberar após a apresentação do dito projeto de lei, já que existente a reserva de iniciativa.

Assim, ocorrerá muitas vezes em matéria de iniciativa do presidente da república, que faltando no seu dever de deflagrar o processo legislativo nas matérias que lhe são reservadas, queda-se inerte. Nessas situações será o pólo passivo preenchido unicamente pelo presidente da república (exemplo: art. 40, § 4º da C.F.). Como dito alhures, caso o presidente proponha a lei de sua privativa iniciativa, fica prejudicado o mandado de injunção.<sup>51</sup>

Na hipótese de já existir projeto de lei tramitando, costuma-se também preferir julgamento de extinção do mandado de injunção sem julgamento de mérito, pois não restaria demonstrada omissão do poder público que estaria discutindo a matéria, por outro lado, caso esse trâmite se protraia por tempo demasiadamente excessivo, além do que se espera das normais deliberações legislativas, o Supremo vem admitindo o uso do mandado de injunção.<sup>52</sup>

Já os partidários da corrente concretista (tanto a geral como a individual) e também da posição intermediária sugerem uma legitimação passiva no mandado de injunção mais complexa.

Explica-se. Lembramos que as posições supracitadas defendem uma aplicação mais efetiva ao mandado de injunção, não limitando-se a cientificar o poder omissor, mas também trazendo aos impetrantes a fruição de seu direito-liberdade-prerrogativa constitucionalmente assegurados pelo silêncio legislativo.

Logo, sendo deferido ao impetrante uma vantagem, conclui-se que essa vantagem deverá ser outorgada por outrem, à sua conta e na imensa maioria das vezes por pessoa estranha ao órgão omissor. Exemplificando, mandado de injunção que se destinasse a possibilitar a participação nos lucros das empresas pelos empregados (Art. 7º, XI)<sup>53</sup>, concedida a fruição direta desse direito pelo Supremo Tribunal Federal, seriam as empresas que arcariam com o ônus dessa decisão, pois elas que despenderiam os valores necessários ao cumprimento da decisão.

Seguindo-se a premissa de que o mandado de injunção é remédio apto a fazer o autor gozar diretamente de seu direito-liberdade-prerrogativa obstaculizado, é imprescindível não só a citação do Congresso Nacional, Presidente da República (ou outro órgão qualquer do Poder Público omissor), mas também de quem sofrerá as conseqüências da concessão do

---

<sup>51</sup> EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. PERDA DE OBJETO. IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIDA OBJETIVADA PELO IMPETRANTE. Tendo o Presidente da República enviado ao Congresso Nacional projeto de lei acerca da revisão geral de remuneração dos servidores da União, medida pleiteada no writ, evidente o esvaziamento da impetração, que resta prejudicada. Agravo regimental desprovido. (MI-AGrV 641 DF, Ministro Ilmar Galvão, DJ 05/04/2002)

<sup>52</sup> MI 712, Relator Eros Grau (publicado DJ 23/11/2007).

<sup>53</sup> Hoje já há regulamentação da matéria dada pela Lei 10.101/2000.

*writ*<sup>54</sup>, afinal é de constitucionalidade duvidosa que haja repercussão de decisão judicial na esfera de outrem que não haja participado do processo.

O Supremo Tribunal Federal se deparou com a questão no julgamento do MI 284-3 / DF. Nele se discutia o direito à reparação econômica àqueles cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5. Essa reparação seria delineada por lei de iniciativa do Congresso Nacional, que entraria em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

Passados os doze meses previstos para a edição da lei, nada foi feito, o que motivou a impetração de vários mandados de injunção com o escopo de suprir a falta de lei, um deles o citado MI 284-3.

Pois bem. Neste processo foi levantada a questão da ilegitimidade *ad causam* da União Federal para atuar no feito, questão levantada pelo Ministro Moreira Alves que assim deixou consignado “(...) *quero levantar a preliminar de exclusão da União do feito, porquanto, pela jurisprudência desta Corte, o mandado de injunção é ação mandamental que se propõe contra a autoridade, órgão ou Poder omissos no regulamentar a Constituição, nos casos nela previstos como dando margem à utilização desse instrumento processual, que – note-se – segue o rito do mandado de segurança, mas que com ele não se identifica, obviamente. Suprir a omissão, que é o que visa o mandado em causa, não compete à União, que, assim, não pode figurar no processo, como litisconsorte passiva.*”

Por sua vez, o relator do MI 284-3 / DF, Ministro Marco Aurélio, manifestou-se em sentido contrário, de forma que nos permitimos transcrever por inteiro pela lucidez das palavras, advertindo desde já que os grifos são nossos “*Não posso, como que imaginando qual será o resultado da demanda, olvidar que temos um pedido formulado, de forma correta ou não, no sentido da prolação de uma sentença declaratória constitutiva **que repercutirá no âmbito da União.** Ora, define-se a legitimidade frente ao próprio pedido encaminhado pelo autor com a inicial, e esta é categórica quanto à responsabilidade da União pela indenização de que cogita o § 3º artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.(...)Por isso, peço vênua ao nobre Ministro Moreira Alves para persistir no entendimento de que cabe à União, em hipótese como a vertente, atuar defendendo um direito que lhe é, no caso,*

---

<sup>54</sup> Não se pode deixar de se por a posição de Sergio Bermudes que aduz não haver necessidade da presença do órgão do poder público no processo, devendo o pólo passivo ser composto apenas pela pessoa que irá sofrer as consequências da decisão.

*peculiar. O interesse faz-se presente considerada até mesmo a manutenção da jurisprudência da Corte.”*

Por maioria, foi determinada a exclusão da União Federal do processo, tendo em conta sua ilegitimidade *ad causam*, saindo-se vencedora a tese argüida pelo Ministro Moreira Alves. Indubitavelmente, a decisão ao final vencedora no Pretório Excelso decorreu do entendimento da Corte pela natureza não-concretista do Mandado de Injunção. À medida que nossa Corte Suprema se afastar da teoria não-concretista e aproximar-se da teses concretista ou intermediária<sup>55</sup> é bem possível que também haja mudança no entender do STF sobre essa questão pontual, passando a admitir, por conseqüência, o litisconsórcio passivo necessário entre o órgão do poder público omissivo e àquele que irá sofrer as conseqüências da concessão do mandado de injunção.

Mais recentemente esta tendência parece começar a se realizar. No julgamento do MI 562 / RS, com a relatoria original do Ministro Carlos Veloso e para o acórdão da Ministra Ellen Gracie, outra vez tratando do direito à reparação pela União àqueles prejudicados por portarias da Aeronáutica durante o período do golpe militar de 64, ao contrário dos inúmeros precedentes da matéria, foi ordenada pelo então relator<sup>56</sup>, Ministro Marco Aurélio, a citação da União para que apresentasse contestação, o que foi feito. No decorrer do julgamento não houve exclusão da União, o que denota, no mínimo, tolerância da Corte Suprema acerca do litisconsórcio entre o poder que mantém-se silente e àquele que irá suportar as conseqüências da concessão.

---

<sup>55</sup> Tendência que apontaremos a partir do próximo capítulo.

<sup>56</sup> Típica intervenção *iussi iudicis*.

## 4. O MANDADO DE INJUNÇÃO NA HISTÓRIA JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

### 4.1. O primeiro entendimento do STF sobre o MI: a adoção da teoria não-concretista.

Muita expectativa se criou em torno do mandado de injunção quando da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988. Como dito nas primeiras páginas desse trabalho, o *writ* injuncional parecia ser o remédio definitivo para a cura do pernicioso silêncio legislativo, que acaba tornando inviável o usufruto de benesses constitucionais.

Exatamente por isso, o julgamento da Questão de Ordem no MI 107 – DF acabou ganhando contornos de extrema grandiosidade, não sendo demasiado elencá-lo como uma das mais marcantes decisões da Suprema Corte. Assim se dá pois o MI 107 – DF foi o primeiro que permitiu aos Ministros do Supremo Tribunal Federal uma cognição aprofundada sobre a ação recém criada, despertando intenso debate entre nossos juízes máximos com a prolação de longos e doutos votos, e que acabou definindo o regime jurídico que seria observado por longo tempo pelo Pretório Excelso, servindo como paradigma quase que inerradável.

Foi portanto no *leading case* MI-QO 107-DF<sup>57</sup> que começou-se a delinear a natureza do mandado de injunção segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal. O voto do relator, Ministro Moreira Alves, apesar de profícua técnica jurídica, acabou conspirando contra o próprio instituto.

Constata-se da análise do voto do Ministro Moreira Alves uma concepção ainda muito ortodoxa do princípio da separação dos poderes<sup>58</sup>, o que acabou lhe conduzindo a

---

<sup>57</sup> Tratava-se de pedido de militar que estava em via de ser posto na reserva e reclamava a edição de lei que regulasse a estabilidade dos servidores militares, conforme previsto no então art. 42, § 9º.

<sup>58</sup> Com razão escreve Inocêncio Coelho acerca da separação dos poderes em seu *Curso de Direito Constitucional*, obra conjunta com Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Branco “Inicialmente formulado em sentido forte – até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam. Nesse contexto de “modernização”, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas com força de lei – bem assim para a legislação judicial, fruto de inevitável criatividade dos juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é freqüente a criação de

afastar peremptoriamente o uso da corrente concretista, bem como extremo apego à vontade do legislador<sup>59</sup>, olvidando que a lei acaba assumindo, muitas vezes, vontade própria e distinta daquele que a editou.

De fato, o Ministro relator em percuciente estudo do trâmite constituinte do controle da omissão legislativa (especificamente da ADI omissão) verificou que houve previsão expressa, durante boa parte da tramitação, de que persistindo a omissão legislativa estaria o tribunal autorizado a regular a matéria com força de lei, isso, frise-se, em relação à ADI omissão, e que a supressão dessa possibilidade normativa dos tribunais no texto final refletia inequívoca vontade constituinte de que a Suprema Corte não detivesse qualquer poder normativo. *In verbis* “*Essa solução, acolhida pela Constituição atual, é, sem dúvida alguma, a que se compatibiliza com o sistema constitucional vigente que deu particular relevo à separação dos poderes (arts. 2º e 60, § 4º, III), que continuou a inserir entre os direitos fundamentais o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II), e que, também, atento ao princípio democrático, estabeleceu um processo legislativo em que o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria constituição e com relação a matérias a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema de freios e contrapesos de que participam exclusivamente os Poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo povo.*”

No que se refere à crítica da doutrina da ineficácia do mandado de injunção caso escolhida a teoria não-concretista, o Ministro Moreira Alves enfatizou que isso não desmereceria a dita teoria, haja vista que na ADI omissão o legislador constitucional se contentou igualmente em decisão que não possibilita a fruição direta da benesse impossibilitada de gozo pelo silêncio legislativo, o que também se estenderia ao mandado de injunção. Teria, assim, o constituinte ficado satisfeito com a mera ciência ao poder omissor para sanar a omissão, representando tal atitude, ao menos, medida de pressão política institucional.

Finalmente, restou o dispositivo do MI-QO 107-DF nestes termos “*Portanto, em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, liberdade ou prerrogativa a que alude o art. 5º, LXXI, dos*

---

normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade”

<sup>59</sup> O que não deixa de ser compreensível, haja vista a proximidade da promulgação da Carta Magna e a decisão do MI-QO 107.

*quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa 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 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), com a determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais ou administrativos referida no final do item anterior deste voto.”*

Seguiram o relator todos os ministros.

Nesses 20 anos de Constituição de 88 e de mandado de injunção, foi de enorme predominância essa postura arrimada com a teoria não-concretista<sup>60</sup>, o que relegou o mandado de injunção à quase insignificância.

#### **4.2. Precedentes destoantes da linha adotada no MI 107- DF.**

Apesar de enormemente predominante, não podemos dizer, por razões de apego à verdade, que durante toda a história jurisprudencial do mandado de injunção a teoria não-concretista tenha reinado de forma absoluta.

---

<sup>60</sup> Nesse sentido:

EMENTA: Mandado de injunção. Exclusão do INSS da relação processual. Falta de regulamentação do inciso V do artigo 203 da Constituição. Mora do Congresso Nacional. Deferimento, em parte, do mandado de injunção, para reconhecer a mora do Congresso Nacional, dando-se a este ciência para que seja regulamentado o inciso V do artigo 203 da Constituição Federal. (MI 448 / RS. Relator Marco Aurélio, p/ o acórdão Moreira Alves, DJ. 06/06/1997)

Mandado de injunção, de iniciativa de deputados federais pelo estado de são paulo, para que o supremo tribunal determine, em setenta, o numero de representantes daquela unidade da federação, a câmara dos deputados, diante do vazio legislativo, decorrente de não ter sido elaborada a lei complementar, prevista no art. 45, par. 1., da constituição. Legitimidade ativa dos impetrantes, como cidadãos, titulares de prerrogativas político-jurídicas que são inequivocamente difusas, mas por sua própria natureza. Pedido deferido, em parte, dentro dos limites de provisão constitucionalmente cabível, para, reconhecidas a omissão e a mora apontadas, dar ciência das mesmas ao congresso nacional, a fim de que supra a omissão. Votos vencidos, tanto no tocante a preliminar de legitimidade, como a propósito da extensão ou finalidade do deferimento da medida. (MI 219 / DF, relator Octavio Galotti, DJ 19/05/1995)

EMENTA: Mandado de injunção: ausência de regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da Constituição da República. Mora legislativa: critério objetivo de sua verificação: procedência, para declarar a mora e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que a supra. (MI 695 / MA, Relator Sepúlveda Pertence, DJ. 20/04/2007)

Há casos, porém, que fugindo ao comportamento padrão, o Supremo alinhou-se à tese intermediária, declarando a inércia, cientificando o poder competente, mas sobretudo, fixando prazo para o fim do silêncio legislativo, que se acaso persistir, não impossibilitará o alcance pelo titular do direito-liberdade-prerrogativa de seu gozo.

Desta forma se pôs a questão quando julgado o MI 283-5 / DF, relatado pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, que contém o seguinte dispositivo “(...) *acolho a solução alvitrada, nos seguintes termos: a) assino o prazo de 45 dias, mais 15 para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada pelo art. 8º, § 3º, ADCT; b) ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconheço ao impetrante a faculdade de obter, contra União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; c) declaro 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. É o meu voto.*”

Interessante observar que no bojo deste processo foi travada intensa discussão entre os ministros<sup>61</sup> da possibilidade de se transferir ao juízo de primeiro grau (a tal via ordinária adequada contida no dispositivo acima transcrito) a liquidação da reparação indenizatória, restringindo-se o Supremo a certificar o direito do impetrante.

O Ministro Marco Aurélio manifestou sua discordância com o que chamou de delegação de competência do Supremo ao juízo de primeiro grau, já que este que fixaria os parâmetros da indenização no caso concreto. Aduziu, portanto, que o próprio Supremo deveria fixar o *quantum indenizatório*, satisfazendo desde já a pretensão do impetrante.

Contudo, a assertiva aventada pelo Ministro Marco Aurélio fora vencida, limitando-se, assim, o STF, a declarar o direito à indenização, mas relegando ao juízo de primeiro grau a forma como esta se daria.

Depois de reiteradas decisões sobre o mesmo assunto e no mesmo sentido, o STF passou a julgar desnecessária a prévia ciência ao poder omissivo<sup>62</sup>, certificando de logo o direito do impetrante e remetendo-o à justiça comum.

---

<sup>61</sup> Notadamente os Ministros Marco Aurélio e Moreira Alves.

<sup>62</sup> Ementa: Constitucional art. 8º, §3º do ADCT Anístia. Reparação econômica àqueles que foram impedidos de exercerem, na vida civil, atividade profissional. Portarias reservadas do ministério da aeronáutica. Mora do congresso nacional. Projetos de lei vetados pelo chefe do poder executivo. Writ pretende a mudança de



Apesar de não optar ele mesmo, o Supremo – por razões de conveniência prática, pois, como salientado pelo Ministro Moreira Alves<sup>63</sup>, caso o próprio STF liquidasse o quantum indenizatório, as atividades da Corte ficariam seriamente comprometidas – a definir a extensão reparatória, reservando às vias ordinárias essa missão, fica fora de dúvida que ao menos o Pretório Excelso supriu a omissão inconstitucional existente, viabilizando a outorga de indenização àqueles que mereciam, o que não deixou de ser um avanço da jurisprudência da Corte.

E posicionamento deste quilate não ficou restrito tão-somente à questão da reparação aos aeronautas prejudicados pelas portarias a que se refere o art. 8, § 3o do ADCT.

Também em relação à imunidade (apesar de impropriamente chamada de isenção pelo texto constitucional) prevista no art. 195, § 7o da Constituição Federal "São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.", o Tribunal vislumbrou a possibilidade de proferir decisão mais efetiva, consentânea com a necessidade de se conferir à Constituição o máximo de efetividade.

A exemplo do que realizado quando do julgamento relativa ao silêncio legislativo referente ao art. 8º, § 3º do ADCT, o Supremo cientificou o Congresso de sua inércia e abriu

---

orientação deste tribunal, para que este fixe os limites da reparação e acompanhe a execução do acórdão. O tribunal decidiu assegurar, de plano, o direito à indenização, sem constituir em mora o congresso nacional, para, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, a fixar o valor da indenização. Mandado de injunção deferido em parte. (MI 543 / DF, Relator Octavio Gallotti, DJ 26/10/2000)

Mandado de injunção. Omissão do Congresso Nacional no tocante a regulamentação do paragrafo 3. do artigo 8. do ADCT. - Alcance do mandado de injunção segundo o julgamento do Mandado de Injunção n. 107 com possibilidade de aplicação de providencias adicionais nele genericamente admitidas, e concretizadas no julgamento do Mandado de Injunção n. 283. - O prazo fixado, no julgamento do Mandado de Injunção n. 283, para o cumprimento do dever constitucional de editar essa regulamentação de há muito se escoou sem que a omissão tenha sido suprida. Não há, pois, razão para se conceder novo prazo ao Congresso Nacional para o adimplemento desse seu dever constitucional, impondo-se, desde logo, que se assegure aos impetrantes a possibilidade de ajuizarem, com base no direito comum, ação de perdas e danos para se ressarcirem do prejuizo que tenha sofrido. Mandado de injunção conhecido em parte, e nela deferido. (MI 447 / DF, Relator Moreira Alves, DJ 01/07/1994)

<sup>63</sup> Ministro Moreira Alves, *in verbis*, durante a sessão de julgamento do MI 283-5 / DF “*Vamos transformar o Supremo Tribunal Federal em corte que julgará, ordinária e originalmente, talvez mil, dois mil ou, até, dez mil casos análogos a este. Não é possível que o constituinte pretendesse inviabilizar o Supremo Tribunal Federal. Teremos que fixar para cada caso a indenização cabível e não há normatividade possível.*”

prazo para que o mesmo a eliminasse. Caso não fosse produzida a norma reclamada, ficaria a requerente autorizada a gozar da dita imunidade. Eis a ementa do MI 232-1 / RJ, Rel. Ministro Moreira Alves, DJ de 27.03.1992, nesse sentido:

*“Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.”*

Frise-se que, desta feita, o Tribunal nada delegou ao juízo de primeiro grau. A razão para ta distinção de tratamento emerge da análise do tipo de provimento judicial realizado na discussão da omissão inconstitucional oriunda da não-regulamentação do art. 8º, § 3º do ADCT e do art. 195, § 7º.

No primeiro caso a sentença possuía feição nitidamente condenatória, que fixa apenas o direito de reparar (an debeat) mas não delimita a extensão da reparação (quantum debeat), por sua vez, ao suprir o silêncio legislativo do art. 195, § 7º, a decisão tem cariz constitutivo-declaratório, que por si só aproveita ao autor, que desnecessita por conseguinte de qualquer outra medida judicial para ver realizado o seu interesse.

Pode-se defluir dessas análises, que nos mandados de injunção com feição condenatória o Supremo se absterá de definir ele próprio o valor da condenação, remetendo ao juízo comum tal tarefa, ao passo que os mandados de injunção constitutivos-declaratórios serão bastantes em si mesmos, prescindindo de atuação judicial complementar.

### 4.3. A guinada no posicionamento da Corte.

Até 2007 o Supremo acampou quase que unanimemente a teoria não-concretista acerca da natureza jurídica do mandado de injunção, com um ou outro precedente na linha intermediária, mas evitando peremptoriamente proferir sentença com algum cunho de inovação normativa.

As críticas da doutrina foram ferozes. As decisões do Tribunal maior de nosso país, quando se tratava de mandado de injunção, eram completamente ineficazes<sup>64</sup>, o que não deixava de ser nódoa incômoda da jurisprudência da Suprema Corte.

Com significativa mudança dos membros da Corte, começou-se a vislumbrar a possibilidade de igual mudança de entendimento no trato do mandado de injunção, que acabou se confirmando nos recentes mandados de injunção 712-PA, 670-ES e 708-DF, todos acerca do direito de greve do servidor público.<sup>65</sup>

Nesses precedentes de enorme importância o primeiro passo foi abandonar a antiga concepção assaz restritiva acerca da teoria das separação dos poderes, abrindo margem para que o Tribunal produza regulamentação enquanto mantiver-se silente o Congresso Nacional em seu dever de legislar.

É de vultosa importância salientar que o Supremo Tribunal Federal ao reconhecer o sua função normatizadora, não invade competência legislativa dos outros poderes, apenas deixa de ignorar que esta missão lhe foi incumbida pelo própria Constituição, sendo verdadeiro poder-dever seu a que não se pode fugir.

*“Ademais, não há que se falar em agressão à separação dos poderes, mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada separação dos poderes provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência e harmonias*

<sup>64</sup> Excerto do voto do ministro Eros Grau nos autos do MI 712/PA “*Importa é se verificarmos se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes; decisões que se bastam a em solicitar o Poder legislativo a que cumpra o seu dever, inutilmente.*”

<sup>65</sup> O STF já tinha se deparado diversas vezes com a questão, porém, em todas havia decidido com arrimo na teoria não-concretista. Eis algumas ementas nesse sentido:

*EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS. ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Configurada a mora do Congresso Nacional na regulamentação do direito sob enfoque, impõe-se o parcial deferimento do writ para que tal situação seja comunicada ao referido órgão. (MI 585 / TO, Relator Ministro Ilmar Galvão, 02/08/2002)*

*entre os poderes e separação dos poderes, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original.*”<sup>66</sup>

Assim se diz porque ao prever a existência do Mandado de Injunção, o constituinte, num voto de confiança ao Judiciário, lhe tornou viável a função normativa *supletiva* nos casos em que previsto direito-liberdade-prerrogativa estes restavam-se frustrados por inércia daqueles originariamente legitimados para normatizá-los.

Portanto, a decisão do Mandado de Injunção necessariamente deverá criar a norma, para que não sobeje mais óbices ao usufruto dos titulares dos direitos-liberdades-prerrogativas constitucionalmente assegurados.

Aqui cabe um comentário a mais. Segundo o Supremo, esta norma criada não seria simples norma para o caso concreto, norma individualizada, como sói fazer os órgãos do Poder judiciário no destrinchamento das lides. Seria norma de caráter geral e abstrato (sujeita, inclusive à interpretação aos que a concretizarão), aplicável não somente aos impetrantes, mas todos àqueles que estivessem em situação análoga, o que revela que a nova posição que começa a nascer no âmbito do Supremo Tribunal Federal é a concretista geral.

Foi exatamente isso que se deu no julgamento dos referidos mandados de injunção 712, 670 e 708. Ficou assentado que seria aplicável às greves do servidor público a lei de greve dos empregados em geral, Lei 7.783/89, com as adaptações feitas pelo próprio Supremo, a saber, quando o movimento paredista envolvesse servidores públicos, os artigos originais da citada lei passariam a ter a seguinte redação:

*“Art.3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação parcial do trabalho.*

*Parágrafo único. A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas, da paralisação.*

*Art. 4º Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembléia geral que definirá as*

---

<sup>66</sup> Excerto do voto do ministro Eros Grau nos autos do MI 712/PA.

*reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação parcial da prestação de serviços.*

(...)

*Art. 7º (...)*

*Parágrafo único. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, exceto na ocorrência da hipótese prevista no art. 14.*

(...)

*Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar a regular continuidade da prestação do serviço público.*

*Parágrafo único: É assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo.*

(...)

*Art. 14 Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, em especial o comprometimento da regular continuidade na prestação do serviço público, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho.”*

Percebe-se o caráter nitidamente criativo das decisões do Supremo em sede de mandado de injunção segundo seu mais moderno posicionamento. Na verdade, o Pretório Excelso produziu verdadeira “lei” de greve dos servidores públicos. Não limitou-se a aplicar analogicamente à greve dos servidores públicas as normas da greve dos empregados em geral, mas sim, apesar de usá-las como base, emprestou-lhes significados e mandamentos diferenciados por conta das peculiaridades das greves que envolvem servidores e serviço público.

Ao final, o dispositivo da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no MI 712-PA, restou com a seguinte redação “*Em face de tudo, conheço do presente mandado de injunção, para, reconhecendo a falta de norma regulamentadora do direito de greve no serviço público, remover o obstáculo criado por essa omissão e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no art. 37, VII da Constituição no Brasil, nos termos do conjunto normativo enunciado neste voto*”.<sup>67</sup>

Pode-se dizer, sem exageros, que é um marco dos mais relevantes na história jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. A Corte, de forma até surpreendente, saiu da corrente mais restritiva acerca do mandado de injunção (não-concretista) para beber diretamente nos leitos da orientação mais efetiva e por que não dizer revolucionária do *writ injuncional* (concretista geral).

A opção acaba refletindo uma tendência de objetivização do controle difuso de constitucionalidade que o STF, há algum tempo, vem perfazendo. Tal fenômeno significa em, singela síntese, que fazer ultrapassar os efeitos da decisão além das partes da demanda, tendo em vista o caráter político das decisões do Supremo.

Essa tendência, inclusive, se confirma por recentes modificações legislativas, como a previsão da súmula vinculante, e da possibilidade dos relatores quando do recebimento dos recursos, julgarem imediatamente de acordo com a jurisprudência assentada, e com as balizadas dadas pelo art. 557 do Código de Processo Civil.<sup>68</sup>

A questão do direito de greve dos servidores públicos, se pode ser considerado como *leading case* da viragem da jurisprudência do Supremo no seu manejar com o mandado de injunção, já não é decisão isolada.

---

<sup>67</sup> Excerto do voto do ministro Eros Grau nos autos do MI 712/PA.

<sup>68</sup> Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

Pouco depois, em outro mandado de injunção (MI 721-7, DF)<sup>69</sup> posto a julgamento, desta vez tratando da inércia de regulamentação do direito constitucional inserto no art. 40, § 4º da Constituição Federal (aposentadoria especial por conta de atividade exercida em condições que prejudiquem a saúde do servidor), o Supremo novamente não limitou-se a cientificar o poder omissivo de sua inércia, prolatando *decisum* que possibilitou ao impetrante o usufruto de seu direito constitucionalmente assegurado.

Desta feita, o Supremo tomou como base para a concessão da aposentadoria especial do servidor público, o art. 57 da Lei 8.213/91, aplicando os requisitos lá presentes.

Questão de relevo no julgamento do MI 721-7 / DF, foi que, ao contrário do que decidido nos mandados de injunção acerca do direito de greve dos servidores públicos, não ficou exatamente claro se a decisão seria extensível *erga omnes* ou se apenas detinha efeito *inter partes*.

Noutras palavras, apesar de ser nítida a feição concretista deste precedente<sup>70</sup>, não é certo se estamos diante de decisão concretista geral ou individual. No voto do relator, Ministro Marco Aurélio, parece que estaria se restringido o âmbito de eficácia de decisão apenas à impetrante, como por exemplo, na parte que diz “*Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da*

<sup>69</sup> Com igual entendimento o MI 758 / DF, Relatoria do Ministro Marco Aurélio, publicado no DJ 26/09/2008, com 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 nº 8.213/91.

<sup>70</sup> Eis a 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 nº 8.213/91. (MI 721-7 / DF, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 30/11/2007)

*liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas a nacionalidade, soberania e cidadania. O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo.”*

Porém, o Ministro Eros Grau, em voto vista, novamente enfatizou a necessidade de, em sede de mandado de injunção, produzir-se norma supletiva, abstrata e geral, portanto. Concluiu seu voto nos seguintes termos “*Em face de tudo, acompanho o Relator. Conheço do presente mandado de injunção, para, reconhecendo a falta de norma regulamentadora do direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, **remover o obstáculo criado por essa omissão e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 40, § 4º da Constituição do Brasil, nos termos do artigo 57 da Lei 8.213/91.***”

A distinção dos votos passou, pelo visto, despercebida, não tendo o Supremo, neste específico precedente, se debruçado sobre a extensão ou não do julgado aos casos similares. As elucubrações do Ministro Eros Grau sobre o caráter geral da norma criada pelo STF em mandado de injunção, ao que parece, foi encarado como mero *obiter dictum*.

É provável que, por ter sido o MI 721-7 impetrado singularmente por pessoa física, e de julgamento contemporâneo ao do direito de greve dos servidores públicos, nossa Corte Constitucional tenha preferido usar da cautela, esperando o amadurecimento da jurisprudência e da doutrina sobre a mudança de entendimento do STF sobre o mandado de injunção e seus efeitos. Outro motivo para a diferença de tratamento reside na espécie de direito que se tutela. No direito de greve dos servidores públicos emerge um direito geral que, para ser fruído basta ao seu titular provar a condição de servidor público (de fácil constatação), de outra volta, a aposentadoria especial do servidor público necessita, além da prova da condição de servidor público, a prova de outros elementos como o ambiente de trabalho prejudicial à saúde.

De qualquer modo, forte na doutrina da transcendência dos motivos determinantes, àqueles que estiverem em igual situação fático-jurídica da impetrante do MI 721-7 / DF poderão, a nosso ver, diante do indeferimento do órgão administrativo do pedido de aposentadoria especial de acordo com os requisitos do artigo 57 da Lei 8.213/91 intentar reclamação constitucional, dirigida ao Supremo, para que faça valer a autoridade de sua decisão.



## 5. CONCLUSÕES

O mandado de injunção foi o remédio constitucional criado para dar combate ao silêncio legislativo, entendido este como a omissão do Poder Público em integrar as normas constitucionais definidoras de direito e de eficácia limitada, deixando de produzir sua regulamentação.

Tal espécie de mácula sempre se apresentou no dia-a-dia nacional de forma rasteira e perniciosa, abalando a confiança nas instituições públicas e significando temerária frustração popular do caráter cogente de nossas constituições. Ademais, ao deixar fora do alcance dos titulares os direitos que a Carta Magna lhes conferiu, o poder constituído solapa a força do poder constituinte, configurando forma de mudança informal da constituição.

Previsto no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal de 1988, o mandado de injunção é instituto inédito do cenário jurídico brasileiro. Justamente por seu ineditismo, a sua apresentação se deu em meio a dúvidas sobre o seu perfil, extensão e aplicabilidade.

Nos primeiros precedentes jurisprudências no âmbito do Supremo Tribunal Federal foi dada interpretação assaz restritiva acerca da novel ação constitucional, revelando-se vencedora e predominante a tese não-concretista da natureza jurídica do *writ* injuncional.

A assunção pelo Supremo Tribunal Federal da teoria não-concretista significou, na prática, o desprestígio do mandado de injunção, já que fora destituído de qualquer eficácia social sensível, limitando-se a servir como meio de dar ciência ao órgão omissor da situação de inconstitucionalidade que sua omissão perfazia.

Assim, aos poucos, a ação constitucional que fora alvo das mais calorosas expectativas e dos mais estimulantes debates, foi perdendo espaço no ordenamento jurídico por conta da tímida aplicação realizada pelo Pretório Excelso. De forma inconsciente, o Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Federal, tornou inócuo uma das mais poderosas armas que o constituinte lhe conferiu.

Bem da verdade que, apesar de imensamente predominante, os julgamentos adotando a linha não-concretista não foram exclusivos. Houveram casos, como o do direito à indenização aos militares prejudicados por portaria da aeronáutica na época do golpe militar de 64 (ADCT, art. 8º, § 3º) e dos requisitos para o gozo da imunidade tributária prevista no art. 195, § 7º da Constituição Federal (relativa às contribuições previdenciárias), que a nossa

Corte Constitucional, fugindo ao seu entendimento dominante, alçou aos impetrantes a possibilidade de gozarem de seus direitos-liberdades-prerrogativas asseguradas constitucionalmente e frustradas pela inércia legislativa.

Tais julgados, apesar de pontuais, demonstravam, ao menos, que muito ainda se iria descobrir sobre o mandado de injunção, notadamente, na verificação de seus limites e fronteiras.

Isso porque os institutos jurídicos não nascem prontos e acabados. Cambiam à medida que mudam também o ambiente social em que se inserem. Há verdadeira troca contínua e virtuosa entre o ordenamento jurídico e a realidade fática, um condicionando o outro, de modo que a modelagem e o contorno dos institutos jurídicos ganham especial colorido em meio ao cotidiano, de acordo com as necessidades humanas, o contra-jogo de interesses e o embate de forças.

Assim se deu com o mandado de injunção. Se é perceptível que o conservadorismo de sua primeira jurisprudência fez claudicar a importância do mesmo, não é menos verdade que tal fato também serviu de estímulo para a produção de autorizada e estudiosa doutrina advogando pelo seu resgate da ação injuncional. Doutrina que martelou na cabeça de gerações de juristas e que, afinal, possibilitou a descoberta de novos horizontes na seara do combate à inconstitucionalidade por omissão legislativa.

Fica muito claro com os estudos efetuados para a produção deste trabalho (e que tentei demonstrar ao longo deste) que a concepção não-concretista do mandado de injunção se deu, provavelmente, por um apego demasiado à suposta<sup>71</sup> vontade constituinte (mostramos que no *leading case*, MI-QO 107-DF, o Ministro Moreira Alves faz minudente dissertação do trâmite legislativo das ações em face da inércia legislativa).

Esqueceu-se, porém, que a lei tem vontade e vida própria daqueles que a criaram. Se a interpretação autêntica pode ser importante forma de se destrinchar o significado das normas jurídicas, ao mesmo tempo não poderá arrogar-se de exclusividade, já que é da boa lição da Hermenêutica Jurídica que o melhor alcance da norma só é conhecido com o uso conjunto de todas as técnicas hermenêuticas, convivendo, e não excluindo-se mutuamente.

---

<sup>71</sup> Suposta porque não se pode dizer, ao certo, que o constituinte quis criar por via da ação injuncional mera forma de cientificação ao poder omissivo de seu estado de inconstitucionalidade. Essa foi a conclusão chegada pelo Ministro Moreira Alves ao longo de seu voto no referido e multicitado MI-QO 107 /DF, mas é preciso dizer que o prestigiado julgador embasou seu pensamento primordialmente na Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão, vendo o mandado de injunção como mera faceta difusa daquela.

Quase 20 anos e vários mandados de injunção depois, o Supremo Tribunal Federal, finalmente, influenciado de forma nítida pela constância das críticas doutrinárias<sup>72</sup>, e movido pela premente necessidade de colmatar várias das lacunas legislativas ainda existentes na Constituição Federal de 1988, proferiu em 2007 decisões que, ao nosso ver, atenderam às finalidades do mandado de injunção e aos reclames da comunidade jurídica.

A questão do direito de greve dos servidores públicos, já muitas vezes julgada no próprio Supremo Tribunal Federal, mas da qual sempre se extraiu *decisiuns* desprovidos de eficácia prática, já que se limitavam a cientificar o Presidente da República e o Congresso Nacional de seus estados de inércia, foi o primeiro precedente de nosso Tribunal Maior na linha concretista, permitindo-se a Corte Suprema a preencher posição de cada vez maior relevância política, e assumindo espaço nunca antes explorado pelo judiciário brasileiro.

De fato, ao criar regulamentação provisória do exercício do direito de greve dos servidores públicos, nossa Corte Constitucional adentra em seara a qual estava destinado (apesar de ter se escusado por quase 20 anos), abrindo margem para sentenças criativas ou aditivas, forte na idéia de salvaguarda constitucional e abolição do silêncio legislativo.

Confirmando-se a nova linha de pensamento do Supremo Tribunal Federal acerca dos efeitos da sentença do mandado de injunção<sup>73</sup>, municiado fica o cidadão de instrumento realmente hábil para espancar a lesão sofrida por conta da omissão legislativa inconstitucional, o que, de certo, servirá como forma de pressão inigualável aos Poderes omissos à perfectibilizarem seu dever constitucional de produção legislativa, sob pena de verem o espaço a eles destinados preenchidos extraordinariamente pelo Poder Judiciário.

De fato, não se pode conceber que passados mais de 20 anos da promulgação de nossa Constituição Federal, ainda tenhamos tantos dispositivos carecedores de regulamentação. Essa constatação é suficiente para evidenciar o descaso de parte de nossos Poderes Públicos em atuar como manda a Constituição, vindo em boa hora<sup>74</sup>, a provável<sup>75</sup> mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal no seu trato com o mandado de injunção.

---

<sup>72</sup> Algumas até de Ministros do próprio STF que compunham corrente minoritária acerca do mandado de injunção, conferindo-lhe maior eficácia prática, filiando-se à tese concretista.

<sup>73</sup> Que é o que se infere não só pelos julgamentos sobre o direito de greve dos servidores públicos, mas também do direito à aposentadoria especial dos mesmos. Este último com decisão já do segundo semestre de 2008.

<sup>74</sup> A sabedoria popular já nos adverte há longa data que antes tarde do que nunca.

<sup>75</sup> Preferimos dizer provável, tendo em vista o diminuto número de precedentes já julgados de acordo com a teoria concretista. No entanto, pelo teor do voto neles proferidos é difícil imaginar que a nova ideologia não se confirme.

Por último, pertencerá à análise da futura jurisprudência a definição se as decisões em sede de mandado de injunção ostentarão caráter geral, preenchendo a lacuna normativa de forma geral e abstrata, fazendo as vezes de verdadeira lei, como se deu no julgamento do direito de greve dos servidores públicos (teoria concretista geral, encampada notadamente no STF pelos Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes), ou ainda, se a sentença do *mandamus* injuntivo terá eficácia apenas *inter partes*, produzindo norma individualizada, ou seja, apenas norma de decisão, nos moldes de como sempre atuou o Judiciário (teoria concretista individual, a favorita de nossos doutrinadores).

É bem possível que o próprio Supremo Tribunal Federal possa aderir tanto à corrente individual quanto à corrente geral da tese concretista, aplicando uma ou outra a depender das características do direito-liberdade-prerrogativa vindicado no mandado de injunção impetrado, fazendo verdadeira “modulação” do âmbito de incidência da decisão prolatada, de forma parecida com que se dá na modulação temporal permitida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, por exemplo.

As respostas de todas essas dúvidas e indagações ainda existentes sobre o mandado de injunção e seu espectro de ação só poderão ser dadas com o trespassar do tempo, o amadurecimento de nossas instituições e, principalmente, com a evolução de nosso pensamento jurídico-constitucional. O certo é que conceitos tradicionais serão postos em xeque, e que a massificação da sociedade e de seus conflitos exigirá do Direito respostas imediatas e prontas por soluções céleres e equânimes, e o jurista deverá acostumar-se a enveredar por terrenos criativos que refogem, por exemplo, da Escola Processual Clássica. É nesse cenário que se insere o mandado de injunção e sua nova roupagem dada pelo Supremo Tribunal Federal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**ALCÂNTARA MACHADO, Carlos Augusto.** *Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da constituição.* São Paulo: Atlas, 1999.

**BARROSO, Luís Roberto Barroso.** *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas.* 8ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_, *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro.* 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

**BARBI, Celso Agrícola.** *Mandado de injunção.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

**BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio.** *Curso de direito administrativo.* 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

**BERMUDES, Sérgio.** *O mandado de injunção.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

**BONAVIDES, Paulo.** *Ciência Política.* 11ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional,* 4ª ed. São Paulo, 1993.

**BULOS, Uadi Lammêgo.** *Constituição Federal Anotada.* 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

**CARVALHO FILHO, José dos Santos.** *Manual de Direito Administrativo.* 20ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2008.

**CRETILLA JÚNIOR, José.** *Os writs na Constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, ação popular.* São Paulo: Forense Universitária, 1989.

**DIDIER JR., Fredie, e ZANETI JR., Hermes.** *Curso de Direito Processual Civil. Volume 4 – Processo Coletivo.* Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

**FILHO, Willis Santiago Guerra.** *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.* 5ª Ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

**GOMES CANOTILHO, José Joaquim.** *Direito Constitucional.* 5.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

**MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel.** *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

**MAZZEI, Rodrigo.** *Ações Constitucionais. Org. Fredie Didier Jr. – Mandado de Injunção.* 3ª Edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

**MEIRELLES, Hely Lopes.** *Mandado de Segurança.* 30ª Ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

**MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.** *Curso de Direito Constitucional.* 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

**MORAES, Alexandre de.** *Direito Constitucional.* 16.ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

**MORAES, Cristiano Albuquerque Moraes.** *Ensaios de Direito e Processo Constitucionais*. Fortaleza: Gráfica Unifor, 2007.

**NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade.** *Código de Processo Civil Comentado*. 9ª Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

**PACHECO, José da Silva.** *Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

**PIOVESAN, Flávia.** *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

**SIDOU, J.M. Othon.** *Habeas data, mandado de injunção, habeas corpus, mandado de segurança e Ação Popular*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

**SILVA, José Afonso da.** *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª Ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

\_\_\_\_\_. *Comentário Contextual à Constituição*. 2ª Ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

**TEMER, Michel.** *Elementos de Direito Constitucional*. 10ª Ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

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

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3682-3 Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 18 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 97-2. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 17 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 751-9. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 17 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 102-2. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 14 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 361-1. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 18 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem no Mandado de Injunção nº 712-8. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 05 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1458-7. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 14 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 107-3. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 01 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Mandado de Injunção nº 107-3. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 01 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC nº 1923-5. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 07 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 20-4. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 10 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 232-1. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 08 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 283-5. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 09 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 284-3. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 695-4. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 562-9. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 22 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 323-8. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 284-3. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 721-7. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 758-6. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 7 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 554-1. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 23 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Mandado de Injunção nº 742-0. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 284-3. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. Direito 2.com.br. Voto do Ministro Celso de Melo nos autos do M.I. 670. Disponível em <[http://www.direito2.com.br/stf/2007/abr/13/integra\\_do\\_voto\\_do\\_ministro\\_celso\\_de\\_mello\\_no\\_julgamento\\_de](http://www.direito2.com.br/stf/2007/abr/13/integra_do_voto_do_ministro_celso_de_mello_no_julgamento_de)>