

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

MANDADO DE INJUNÇÃO: EFEITOS DE SUA CONCESSÃO 342.81

- x Mandado de injunção.
- x Direito processual
- x Inconstitucionalidade das leis
- x Direito constitucional

LÚCIO MENDES DA CRUZ 215718

FORTALEZA
2007

R\$ 3,65
Ac. 132043
M 34281
C 957m
R 14066224

LÚCIO MENDES DA CRUZ

MANDADO DE INJUNÇÃO: EFEITOS DE SUA CONCESSÃO

MANDADO DE INJUNÇÃO: EFEITOS DE SUA CONCESSÃO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Adriane Moura e Silva

FORTALEZA

2007

LÚCIO MENDES DA CRUZ

MANDADO DE INJUNÇÃO: EFEITOS DE SUA CONCESSÃO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Profa. Adriane Moura e Silva (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Alexandre Rodrigues de Albuquerque
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Danilo Santos Ferraz
Universidade Federal do Ceará – UFC

MEMÓRIA

Quando a vida nos dá um exemplo, devemos lembrar-nos dele e segui-lo. Quando a vida nos dá um exemplo de coragem, devemos segui-lo. Quando a vida nos dá um exemplo de força, devemos segui-lo.

Quando a vida nos dá um exemplo de amor, devemos segui-lo. Quando a vida nos dá um exemplo de paciência, devemos segui-lo. Quando a vida nos dá um exemplo de humildade, devemos segui-lo.

Quando a vida nos dá um exemplo de bondade, devemos segui-lo. Quando a vida nos dá um exemplo de gentileza, devemos segui-lo. Quando a vida nos dá um exemplo de justiça, devemos segui-lo.

Quando a vida nos dá um exemplo de honestidade, devemos segui-lo. Quando a vida nos dá um exemplo de integridade, devemos segui-lo. Quando a vida nos dá um exemplo de fidelidade, devemos segui-lo.

Quando a vida nos dá um exemplo de perseverança, devemos segui-lo. Quando a vida nos dá um exemplo de determinação, devemos segui-lo. Quando a vida nos dá um exemplo de coragem, devemos segui-lo.

A meus pais, exemplos inigualáveis de força e de coragem.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os meus familiares, pais, irmãos e irmãs, pelos sacrifícios e esforços despendidos na minha educação, pelas oportunidades que me proporcionaram.

Em especial, agradeço a meu irmão João Mendes, pela sua imensa capacidade de compreender o mundo e pelo exemplo de determinação.

A Iraíde Mendes, minha irmã, que calorosamente me acolheu em sua residência durante todo o período do curso.

A Adriane Moura e Silva, por sua disponibilidade na orientação da monografia, mesmo diante de tantos compromissos.

A todos, enfim, que contribuíram, mesmo que singelamente, para a consecução da pesquisa.

“Nós, os seres humanos, não somos eternos, mas tudo aquilo que fizermos, entre atos e obras, permanecerá por gerações. Daqui, da vida mundana, só levamos a cultura adquirida na constância dos nossos estudos. Talvez, seja a cultura o maior bem do homem. A evolução da humanidade depende do habitual aprimoramento acadêmico e profissional, ora conquistado pelas informações escritas, faladas e discutidas. O estudo, sem dúvida, enobrece o homem.”

Walter Vechiato Júnior

RESUMO

A investigação empreendida, de cunho bibliográfico, tem por propósito analisar o conteúdo e os efeitos do provimento judicial que concede mandado de injunção. O que motivou o estudo não foi apenas a curiosidade que o tema desperta, mas também a realidade fática à luz da qual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se alterando sensivelmente nos últimos anos. Tendo como parâmetro o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente a Constituição Federal promulgada em 1988, faz-se um exame do mandado de injunção como instrumento de efetivação dos direitos subjetivos previstos em normas constitucionais de eficácia limitada. A partir das teorias doutrinárias e das posições jurisprudenciais até então formuladas acerca do mandado de injunção, portanto utilizando o método dedutivo, examina-se a sua finalidade e seu objeto. Sustenta-se que a finalidade do mandado de injunção é viabilizar a fruição de todos os direitos constitucionais cujo exercício esteja obstado em face da ausência de norma regulamentadora. Considerando a necessidade de adequação das normas infraconstitucionais à Constituição, em face do princípio da supremacia da Constitucional, defende-se a relativização do princípio da separação dos poderes, admitindo-se que cada um dos "poderes" (funções) do Estado possam exercer funções típicas dos outros. Sendo o mandado de injunção instrumento destinado a solucionar lide decorrente da omissão do Poder Público, analisa-se o sistema jurisdicional de controle repressivo da inconstitucionalidade, especialmente a questão da inconstitucionalidade da omissão. Expõem-se as dimensões delimitadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para o mandado de injunção, considerando a aplicabilidade do instituto independentemente de regulamentação processual específica, seus pressupostos processuais, legitimidade ativa e passiva, competência para o processo e julgamento. Finalmente, examina-se o conteúdo e efeitos do provimento que o concede. Concluindo-se que o conteúdo do provimento poderá consistir no mero reconhecimento da inconstitucionalidade da omissão, na viabilização do exercício do direito ou na elaboração de uma norma geral regulamentadora do preceito. Sustenta-se que, em regra, esse provimento produz eficácia *erga omnes*. Afirmado-se, outrossim, serem transitórios os efeitos do provimento judicial que concede o mandado de injunção.

Palavras-chave: Mandado de Injunção; inconstitucionalidade por omissão; supremacia da Constituição; processo constitucional; Supremo Tribunal Federal; provimento judicial; conteúdo e efeitos da decisão.

ABSTRACT

The undertaken inquiry, of bibliographical matrix, has for intention to analyze the content and the effect of the judicial provisions that grants ordered of injunction. What it motivated the study was not only the curiosity that the awoken subject, but also the reality to the light of the which jurisprudence of the Supreme Federal Court comes if modifying significantly in the last years. Having as parameter the Brazilian lawful system, especially the promulgated Federal Constitution in 1988, becomes an examination of the injunction errand as instrument of rendering effective of the foreseen subjective rights in constitutional ruleses of limited effectiveness. From the doctrinal theories and of the formulated jurisprudential positions until then concerning the injunction errand, therefore using the deductive method, it is examined its purpose and its object. It is supported that the purpose of the injunction errand is to make possible the enjoyment of all the constitutional laws whose exercise is hindered in face of the absence of norm that it regulates. Considering the necessity of adequacy of the constitutional ruleses to the Constitution, in face of the principle of the supremacy of the Constitutional one, it is defended to become relative of the principle of the separation of being able them, admitting that each one of "being able them" (functions) of the State can exert typical functions of the others. Being the injunction errand destined instrument to solve it deals decurrent of the omission of the Público Power, analyzes the jurisdictional system of repressive control of unconstitutionality, especially the question of the unconstitutionality of the omission. The dimensions delimited for the jurisprudence of the Supreme Federal Court for the injunction errand are exposed, considering independently the applicability of the institute of specific procedural regulation, right of action its, active and passive, competency legitimacy for the process and judgment. Finally, one examines the content and effect of the provisions that grants it. Concluding that the content of the provisions will be able to consist of the mere recognition of the unconstitutionality of the omission, of the making feasible of the right of action or of the elaboration of a that it regulates general norm of the rule. It is supported that, in rule, this provisions produces effectiveness raises omnes. Affirming itself, besides, to be transitory the effect of the judicial provisions that grants the injunction errand.

Key-words: Errand of Injunction; unconstitutionality for omission; supremacy of the Constitution; constitutional process; Supreme Federal Court; judicial provisions; content and effect of the decision.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
2 O MANDADO DE INJUNÇÃO E A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	14
2.1 Considerações Preliminares	14
2.2 O Mandado de Injunção	14
2.2.1 Noção Histórica	14
2.2.2 Conceito e natureza jurídica	16
2.2.3 Finalidade	17
2.2.4 Objeto	20
2.3 Eficácia jurídica das normas constitucionais	22
2.4 A teoria da separação do poder	25
2.5 O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade	28
2.6 Ação de Inconstitucionalidade por Omissão	31
3 O PROCESSO CONSTITUCIONAL DE MANDADO DE INJUNÇÃO	34
3.1 Abordagem introdutória	34
3.2 Pressupostos específicos	34
3.3 Mora do Poder Público	35
3.4 Hipóteses de não cabimento do mandado de injunção	36
3.5 Legitimidade para agir	38
3.5.1 Legitimidade ativa	38
3.5.2 Legitimidade ativa no mandado de injunção coletivo	39
3.5.3 Legitimidade do Ministério Público	41
3.5.4 Legitimidade passiva	41
3.6 Competência	43
3.7 Procedimento	46
3.8 Medida liminar em mandado de injunção	47
3.9 Execução da sentença prolatada no mandado de injunção	48
3.10 Distinção entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão	49

4 CONTEÚDO E EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO	50
4.1 Abordagem Introdutória	50
4.2 A decisão do mandado de injunção e seus efeitos	50
4.2.1 Considerações preliminares	50
4.2.2 O Mandado de injunção como reconhecimento do descumprimento do dever de legislar	54
4.2.3 A decisão do mandado de injunção como outorga do direito	56
4.2.4 O mandado de injunção como resultado na criação de uma norma geral	59
4.3 Entendimento do Supremo Tribunal Federal	60
4.4 Coisa julgada no mandado de injunção	66
4.5 Reflexões conclusivas	67
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71

INTRODUÇÃO

O trabalho monográfico tem por escopo o estudo da garantia constitucional assegurada aos cidadãos para defesa dos direitos e prerrogativas consagrados pela Constituição Federal, mas dependentes de regulamentação infraconstitucional para produzir os efeitos a que se destina.

Com base no disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, na doutrina nacional e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, o estudo abordará o Mandado de Injunção, tendo por finalidade fixar a real utilidade de tal instrumento na efetivação dos direitos e liberdades delineados no texto constitucional.

Logo após inserido no ordenamento jurídico pátrio, em 1988, muito se discutiu sobre a auto-aplicabilidade do mandado de injunção, em face da ausência de legislação processual específica. Todavia, a Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, em seu artigo 24, parágrafo único, dispôs que no processo de mandado de injunção se aplicaria, no que coubesse, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação processual específica. Posteriormente, ao apreciar questão de ordem levantada no mandado de injunção nº 107-3/DF, publicado no Diário da Justiça de 02.08.1991, porém, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela aplicabilidade do mandado de injunção independentemente de norma que o regulamente, pondo fim à discussão.

Na mesma ocasião em que decidiu a questão de ordem em tela, o Supremo também decidiu que a finalidade do mandado de injunção seria permitir ao titular do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional cujo exercício esteja inviabilizado em razão da ausência de regulamentação, obter do Poder Judiciário a declaração da inconstitucionalidade da omissão do Poder Público, desde que esteja caracterizada a mora em regulamentar, a fim de que se dê ciência dessa declaração ao Poder ou órgão omissor, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação de inconstitucionalidade por omissão.

Essa orientação que equipara o mandado de injunção à ação de inconstitucionalidade por omissão é a posição adotada pela jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal desde o reconhecimento da aplicabilidade desse “remédio” constitucional.

Em raras decisões, todavia, a Corte Suprema, sem se afastar definitivamente dessa orientação, adotou posição diversa, fixando prazo para que fosse colmatada a lacuna, sob pena de assegurar o exercício do direito. Primeiro, ao julgar o mandado de injunção nº 283 (DJ de 14.11.1991), exemplificativamente, o Tribunal, pela primeira vez, estipulou prazo para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados. No caso em questão, o impetrante pugnava que fosse editada norma para disciplinar a reparação de natureza econômica, prevista no parágrafo 3º do Art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assegurada aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência de portarias do Ministério da Aeronáutica.

Depois, no mandado de injunção nº 232-RJ (DJ de 27.03.1992), o qual versava sobre a isenção de contribuição para a seguridade social, assegurada às entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei, nos termos do parágrafo 7º do Art. 195 da Constituição Federal, outra vez o Supremo fixou prazo (seis meses) para que o Congresso Nacional editasse a Lei necessária para regulamentação do preceito constitucional garantidor da isenção e determinou que, não sendo cumprido o dever de legislar no prazo fixado, o requerente passaria a gozar o direito reclamado.

Nesse contexto, sendo controversa a questão dos efeitos do mandado de injunção, e não estando delineada no ordenamento jurídico a abrangência dos efeitos que o provimento judicial que concede esse *writ* pode produzir, indaga-se, caro leitor: bastaria ao Judiciário, ao conceder o mandado de injunção, notificar o legislativo para que supra a omissão legal? Ou deveria imediatamente assegurar, no caso concreto, o direito? E a eficácia dessa decisão dar-se-ia apenas *inter partes* ou *erga omnes*?

A garantia constitucional eleita como objeto de investigação do trabalho, conforme salientado, foi inovação introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Carta Magna de 5 de outubro de 1988. Trata-se de um instituto que visa a garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais que necessitam de regulamentação para que possam ser aplicáveis. É um meio de se controlar as omissões do Poder Público. Um instrumento de realização prática dos preceitos constitucionais, de efetivação da Constituição.

A inconstitucionalidade não se configura tão-somente no agir em desconformidade com a constituição e os princípios por ela consagrados, mas também no “*não fazer*” o que a Constituição determina que se faça. Daí decorre a necessidade de se conferir aos cidadãos um instrumento eficaz de controle da discricionariedade do Poder Público.

São diversas posições adotadas pela jurisprudência quanto aos objetivos que se pode obter por meio do mandado de injunção, como também acerca dos efeitos do provimento judicial que o decide. Mas não é apenas em razão das diversas posições adotadas pela doutrina e pela jurisprudência que o tema instiga curiosidade, mas a possibilidade de realização prática dos direitos constitucionais mediante a ação direta do cidadão, fazendo-nos crer que efetivamente vivemos em um Estado Democrático de Direito, o que mais fascina.

Procuramos fixar a origem e definir o alcance prático que a garantia constitucional pode atingir, com ênfase na análise da possibilidade de conferir eficácia às normas definidoras de direitos e prerrogativas constitucionais.

O presente trabalho monográfico constitui-se eminentemente em pesquisa bibliográfica. Para explanação do tema proposto e demonstração das teses defendidas, utilizar-se-á o método dedutivo. Partindo das teorias, de maneira geral, se buscará uma conexão com os fatos da realidade a fim de constatar a validade ou invalidade das tais teorias.

A fim de facilitar a compreensão do *writ* em questão, o primeiro capítulo é dividido em três partes. Na primeira procuramos identificar a origem do mandado de

injunção, investigando sua finalidade no direito constitucional comparado e no direito brasileiro. É também nessa parte que traçamos os objetivos e finalidades do instituto em tela, esclarecendo, desde logo, o que a doutrina e a jurisprudência têm admitido acerca dessas questões.

Na segunda parte são abordadas questões relacionadas à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. A ênfase será a análise dos preceitos constitucionais de eficácia limitada, considerando que, em tese, todas as normas, principalmente as constitucionais, deveriam produzir plena eficácia.

A terceira parte é reservada à análise do sistema repressivo de controle de constitucionalidade adotado pela Carta Magna de 1988, com incursões nos ensinamentos assentados sobre a teoria da separação dos poderes e exposição da finalidade e o alcance da ação de inconstitucionalidade por omissão.

O segundo capítulo é dedicado ao estudo de questões processuais inerentes ao mandado de injunção, tais como: aplicabilidade do *writ* independentemente de legislação disciplinando o procedimento, pressupostos processuais específicos do *mandamus* em análise, a legitimação ativa e passiva, a competência, o processo e julgamento, medida liminar e a execução no mandado de injunção.

O terceiro capítulo é reservado ao estudo acerca do provimento judicial que decide o mandado de injunção, o conteúdo, a natureza jurídica e efeitos desse provimento. Nesta parte, a finalidade será verificar o conteúdo desse provimento, saber o que o Judiciário pode conceder ao impetrante do mandado de injunção. Outro ponto dessa parte, tão essencial quanto o anterior, será descobrir se tal provimento tem o condão de produzir efeitos *erga omnes*, tal qual ocorre com a decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou se seus efeitos restringem-se às partes que participam do processo.

Por fim, conclui-se o trabalho monográfico com uma análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o mandado de injunção e acerca da utilidade prática desse instituto como meio de transformação social.

2 O MANDADO DE INJUNÇÃO E A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

2.1 Considerações Preliminares

A Constituição confere direitos aos cidadãos e instrumentos para assegurar o exercício desses direitos que relaciona. Dentre os instrumentos destinados a conferir efetividade aos direitos constitucionais, a Constituição Federal de 1988 correlaciona o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão que se destinam a suprir omissões legislativas do Poder Público.

O primeiro tópico deste capítulo é dedicado à análise da origem do mandado de injunção, sua finalidade e seu objeto. O tópico seguinte será dedicado à análise das normas constitucionais segundo a eficácia. E o estudo prosseguirá com algumas considerações sobre o princípio da separação dos poderes e a análise do sistema repressivo de controle de constitucionalidade exercido pelo judiciário no Brasil. Nesse ponto, a ênfase será a análise da inconstitucionalidade por omissão.

2.2 O Mandado de Injunção

2.2.1 Noção Histórica

O mandado de injunção só foi inserido no ordenamento jurídico do Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que o previu no inciso LXXI do artigo 5º, dentre os direitos e garantias fundamentais, dispondo *in verbis*: “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”.

Parte da doutrina, na qual se inclui Sidou (1992, p. 403), vê na ação de inconstitucionalidade por omissão, prevista no Art. 283 da Constituição de Portugal de 1976, a origem do mandado de injunção disciplinado na Constituição Federal de

1988. O texto do citado dispositivo da Constituição lusitana dispõe:

Art. 283. (Inconstitucionalidade por omissão) 1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direito das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar executáveis as normas constitucionais. - 2. Quando o Tribunal Constitucional verificara a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

Outra parte considerável da doutrina vê no direito inglês e norte-americano a origem do mandado de injunção brasileiro. José Afonso da Silva (2003, p. 447) e Vicente Greco Filho (1989, p. 179), por exemplo, apontam que a origem histórica do mandado de injunção remonta aos fins do século XIV, na Inglaterra e, segundo os citados juristas, a *injunctio* do direito inglês consistia em uma ordem de um tribunal para alguém fazer ou não fazer determinado ato. A desobediência a essa ordem constituiria um desacato à corte. Tal desobediência seria punida com a prisão do infrator.

O *writ of injunction*, no ordenamento inglês e norte-americano, tem por finalidade corrigir as inadequações do *common law* com base na jurisdição de equidade, sempre que a norma legal se apresente insuficiente ou incompleta. A diferença entre o instituto do direito alienígena e o mandado de injunção previsto na Constituição Federal de 1988 estaria no fato de o *writ of injunction* dos ingleses ter objetivos bem mais amplos, servindo para solucionar tanto questões de Direito Público quanto questões de Direito Privado, ao passo que o instituto disciplinado em nosso ordenamento se destina apenas para proteção de direitos fundamentais individuais ou coletivos (Direito Público), não sendo o meio adequado para tutela de Direito Privado.

Por outro lado, Sidou (1992, p. 404) afirma que o mandado de injunção previsto na Carta Magna não se origina de nenhum instituto existente no direito alienígena, apesar de se assemelhar com o *mandamus* (outro *writ* da anglo-americano), que tem como finalidade “compelir alguém a executar certo dever imposto por 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”.

Meirelles (2003, p. 251) também defende que “o nosso mandado de injunção não é o mesmo *writ* dos ingleses e norte-americanos, assemelhando-se apenas na denominação.

2.2.2 Conceito e natureza jurídica

A doutrina ainda vacila no momento de firmar o conceito de mandado de injunção, limitando-se a reproduzir o preceito constitucional que o instituiu. Luchi Demo (2006, p. 36), conceitua-o como “um dos instrumentos de tutela constitucional das liberdades posto à disposição dos cidadãos (...), com a nota de operar no âmbito do controle de constitucionalidade”.

Por sua vez, Meirelles (2003, p. 251), define-o como “o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Ackel Filho (1988, p. 423), por outro lado, define-o como “uma ação, direito subjetivo público a um provimento jurisdicional, visando a uma ordem para a prática ou abstenção de determinado ato, a fim de que se preserve alguma garantia constitucional.”

Quanto à natureza jurídica do instituto em análise, uns afirmam que se trata de ação constitucional de caráter civil e procedimento especial. Sua finalidade seria suprir uma omissão do Poder Público, tornando possível o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Portanto, de natureza meramente adjetiva, processual.

Dentre os que vêem apenas a natureza processual do mandado de injunção, encontramos Guerra Filho (2005, p. 137), segundo o qual

no direito brasileiro, mandado de injunção é o instituto destinado a combater a ineficácia e violação de normas que consagram direitos e princípios fundamentais, em virtude da omissão do Poder Público em regulamentá-la devidamente. Seria um instrumento de defesa posto à disposição dos cidadãos para defesa de seu estado jurídico-político (*status libertatis*, *status civitatis* etc) e de direitos públicos subjetivos decorrentes daquelas normas constitucionais.

Além do caráter adjetivo, o mandado de injunção também ostentaria natureza substancial, constituindo-se, segundo Gilmar Mendes (MI nº 708-0/DF, cuja decisão ainda não havia sido publicada até o término deste trabalho) em um direito à expedição de um ato normativo, daí porque o provimento judicial que o concede deverá condenar o órgão ou poder legiferante a editar a norma requerida.

O Ministro Carlos Veloso (MI n 361-1/RJ, DJ de 17.06.1994, Relator Ministro Sepúlveda Pertence), também observa a existência essa natureza substancial no mandado de injunção:

Registre-se que o mandado de injunção tem caráter substancial, ao contrário do mandado de segurança que é mais instrumento processual de realização de direito líquido e certo, isto é, direito subjetivo decorrente de uma relação fático jurídica, fato-direito objetivo, em que os fatos devem estar comprovados de plano. O mandado de injunção, por ter caráter substantivo, faz as vezes da norma infraconstitucional ausente e integra o direito ineficaz, em razão da ausência dessa norma infraconstitucional, à ordem jurídica (...)

2.2.3 Finalidade

Observa-se que, na maioria dos casos, ao dispor sobre os instrumentos de tutela das liberdades constitucionais, o constituinte já indica a finalidade de cada instituto. Exemplificativamente, cite-se o *habeas corpus*, cuja finalidade o próprio texto constitucional indica ser a proteção do direito de locomoção; o mandado de segurança, que, segundo a dicção constitucional, serve para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* e, por fim, o *habeas data*, que serve para assegurar o conhecimento, bem como a retificação, de informações pessoais relativas ao impetrante.

No que diz respeito ao mandado de injunção, porém, o constituinte não se ocupou de especificar qual sua finalidade. Assim é que, diversas hipóteses já foram

formuladas pela doutrina pátria.

A esse respeito, pertinente a observação feita por Vicente Greco Filho (1989, p. 181):

A maior dificuldade da interpretação do mandado de injunção é a sua finalidade. Não se sabe por que razão o texto constitucional omitiu o objeto do instituto: o mandado de injunção serve para atribuir o direito cujo exercício esteja obstado em virtude da falta de regulamentação ou o mandado tem por finalidade provocar a edição de norma geral para seu exercício, pelo próprio tribunal ou mediante determinação para o Poder Legislativo a faça?

Assim é que, para alguns estudiosos do instituto, a finalidade é exclusivamente definir a norma regulamentadora do dispositivo constitucional aplicável ao caso concreto, a fim de viabilizar o exercício do direito constitucionalmente assegurado ao impetrante por um preceito de eficácia limitada. Só seria possível o exercício dessa atividade pelo Judiciário, conseqüentemente, em face da omissão do Poder constitucionalmente competente para elaborar a norma regulamentadora do preceito constitucional.

Nesse mesmo entendimento, Calmon de Passos (1989, p. 124), segundo o qual:

Decidindo o mandado de injunção, o magistrado não se sensibiliza em função do caso concreto; ele o situa na generalidade de sua ocorrência e infere a norma mais adequada para disciplinar esse universo de casos concretos. (...) O que se vai definir no mandado de injunção é o modo de proceder para que se atenda à prescrição constitucional... E, decidindo, o Supremo definirá a norma, que não é aplicável só a esse caso, mas a todos os casos iguais, dada a absoluta impossibilidade de se regulamentar um preceito constitucional sem atendimento ao princípio maior da igualdade de todos perante a lei, também presente na espécie.

Sendo assim, ao decidir o mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal exerce uma função tipicamente legislativa; trata-se de uma atividade correspondente à do legislador competente para a regulamentação do preceito constitucional.

Para outros, a função do mandado de injunção não seria obter a regulamentação da norma constitucional de eficácia limitada, mas simplesmente a concretização do direito, liberdade ou prerrogativa nela outorgada ao impetrante,

permitindo seu exercício independentemente da edição de norma geral regulamentadora do preceito constitucional. Essa é a lição de José Afonso da Silva (2003, p. 448-449):

O mandado de injunção tem, portanto, por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. **Não é função do mandado de injunção pedir a expedição da norma regulamentadora**, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). É equivocada, portanto, *data venia*, a tese daqueles que acham que o julgamento do mandado de injunção visa à expedição da norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de regulamentação, dando a esse remédio o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão. Isso quer apenas dizer que o mandado de injunção não passaria de ação de inconstitucionalidade por omissão subsidiária (...). (destaque nosso)

Por último, sendo procedente o mandado de injunção, há outra parte da doutrina e da jurisprudência que aponta como única finalidade do mandado de injunção o reconhecimento da omissão inconstitucional e a comunicação dessa omissão ao órgão omisso, a fim de que elabore a norma faltante. Esta é a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal na maioria de seus julgados a partir do julgamento do Mandado de Injunção nº 107-3/DF, publicado no Diário da Justiça de 24.11.1990, relator Ministro Moreira Alves, *in verbis*:

Em face dos textos da Constituição Federal, relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora e **ação que visa a 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 se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias**, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna) e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. (destaques nossos).

Em termos gerais, pode-se dizer que a finalidade do mandado de injunção é tornar viável o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucionalmente consagrado que se encontra obstado em face da ausência de norma regulamentadora.

2.2.4 Objeto

Na doutrina existe divergência quanto ao objeto do mandado de injunção. Para uns, apenas os direitos inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania poderiam ser viabilizados pela via do instituto em análise, não servindo o instrumento para tutelar outros direitos individuais ou sociais além daqueles. Nesse sentido, posiciona-se Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1996, p. 276-277):

Não alcança outros direitos, por exemplo, os inscritos entre os direitos sociais. Realmente, a parte final - "inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania" - restringe o alcance desse mandado. Ele serve para garantir direitos, liberdades e prerrogativas diretamente vinculados ao *status* de nacional (os do art. 5º, cujo *caput* reconhece aos brasileiros determinados direitos fundamentais, ou que possam ser deduzidos do Cap. III do Tít. II, capítulo este relativo à nacionalidade), ao de cidadão, quer dizer, o nacional politicamente ativo que, como integrante do povo, o soberano na democracia, tem a participação no governo, como o direito de voto e a elegibilidade (são os direitos e liberdades e prerrogativas que podem ser deduzidos do Cap. IV do Tít. II – capítulo sobre os "Direitos Políticos").

Outra corrente doutrinária, porém, entende que o mandado de injunção é o instrumento adequado para garantia de todos os direitos, liberdades e prerrogativas constantes do Título II da Constituição Federal de 1988, abrangendo os direitos individuais, os coletivos, os sociais, os inerentes à nacionalidade e os direitos políticos.

Calmon de Passos (1989, p.110-111) sustenta que, a princípio, por força do disposto no parágrafo primeiro do artigo 5º da Carta Magna, apenas aqueles direitos e garantias fundamentais previstos no mencionado artigo 5º é que teriam vigência imediata e comportariam tutela pelo mandado de injunção, desde que atendidos os demais pressupostos, evidentemente. Sendo assim, os direitos sociais e políticos e os direitos inerentes à nacionalidade não poderiam ser tutelados pelo mandado de injunção, uma vez que não gozariam de aplicabilidade imediata.

Porém, o próprio Calmon de Passos (op. cit., p. 111) entende que, operando-se uma interpretação sistemática da Constituição, chegar-se-á à conclusão de que "o inciso LXXI do art. 5º defere o mandado de injunção para tutela das prerrogativas pertinentes à nacionalidade, à soberania e cidadania, não disciplinadas pelo artigo 5º", concluindo, a seguir, pela adequação do *mandamus* para garantia de

todos os direitos, liberdades e prerrogativas inscritos no Título II da Constituição.

No mesmo sentido, entendendo que a tutela do mandado de injunção só alcança os direitos consagrados no Título II da Constituição, manifesta-se Celso Ribeiro Bastos (1997, p. 242):

Importante consignar que o propósito da garantia não é colher todo e qualquer direito da Constituição. O mandado de injunção só tem cabimento quando a falta de norma regulamentadora impede o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade à soberania e à cidadania. A expressão “direitos e liberdades constitucionais” aponta para as clássicas declarações de direitos individuais. No nosso texto constitucional, o tratamento desta matéria é feito de forma moderna, a consagrar não só os direitos e deveres individuais, mas para incluir debaixo do mesmo título “Dos direitos e garantias fundamentais” os coletivos e os sociais.

Por fim, há a corrente que defende a busca da máxima efetividade da norma constitucional, a qual não aceita a existência de nenhuma restrição ao campo de incidência do mandado de injunção. Para essa corrente, todos os direitos, liberdades e prerrogativas enunciados na Constituição Federal, que reclamam a elaboração de norma infraconstitucional regulamentadora como condição indispensável para sua fruição, podem ser tutelados pelo mandado de injunção.

Um dos adeptos dessa corrente mais abrangente, é Celso Agrícola Barbi (1990, p. 189), para quem a alusão “à nacionalidade, cidadania e soberania é apenas exemplificativa, não devendo considerar excluído do campo de proteção do mandado de injunção nenhum direito constitucionalmente garantido e que dependa de norma regulamentadora para sua efetivação”.

Outro que se inclui na corrente doutrinária que defende a interpretação mais abrangente ao inciso LXXI do artigo 5º da Carta Magna é Willis Santiago Guerra Filho (2005, p. 147-148), para quem, além de servir para tutelar todos os direitos previstos na Constituição que reclamam regulamentação ulterior, o mandado de injunção também seria o instrumento adequado para proteção de direitos, inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, encerrados, inclusive, em norma infraconstitucional dependente de regulamentação.

Discorrendo acerca da distinção que texto constitucional faz entre “direitos

e liberdades constitucionais” e “prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, Guerra Filho (idem, *ibidem*) considera que estas redundam naqueles direitos ou liberdades constitucionais, concluindo, conseqüentemente, que a distinção é feita porque

a efetividade a ser conferida por meio da injunção se estenderia também, por esse artifício legislativo, aos que se vissem prejudicados em sua condição de brasileiro (“nacionalidade”), de detentor originário do poder político (“soberania”) ou de eleitor e elegível (“cidadania”) por normas que não aquelas encerradas na Constituição, ou seja, norma infraconstitucional, a reclamar regulamentação. Daí a distinção feita, frisando que se trata de meio jurisdicional para defender direitos e liberdades **constitucionais** – i.e., **fundamentais**, previstos por todo corpo da Lei Maior, e não apenas no art. 5º, 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. (destaque nosso)

A partir do que foi explanado neste tópico, conclui-se que o objeto tutelado pelo mandado de injunção não são apenas as normas constitucionais definidores de direitos fundamentais, mas a totalidade dos preceitos constitucionais de eficácia limitada.

2.3 Eficácia jurídica das normas constitucionais

Considerando que eficácia consiste na possibilidade de aplicação da norma para solucionar o caso concreto, todas as normas constitucionais têm o condão de produzir efeitos jurídicos. Não há preceito constitucional ineficaz. Mesmo que esse efeito seja simplesmente estabelecer princípios para serem observados pelo Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário) no desempenho de suas funções. Porém, o próprio constituinte pode instituir determinados preceitos que só produzirão feitos concretos após a edição de norma infraconstitucional regulamentadora.

A eficácia jurídica de uma norma, consoante lição de Maria Helena Diniz (1992, p. 28), “indica, em sentido técnico, que ela tem possibilidade de ser aplicada, de exercer, ou produzir, seus próprios efeitos jurídicos, porque se cumpriram as condições para isso exigidas, sem que haja qualquer relação de dependência da sua observância, ou não, pelos seus destinatários”.

Perfilha esse mesmo entendimento José Afonso da Silva (2004, p. 66), lecionando:

Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. **Tratando-se normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos**, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. *Por isso, se diz que a “eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita”*. Nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. (destaque nosso)

Influenciado pela doutrina norte-americana, Ruy Barbosa teria sido um dos primeiros juristas brasileiros a tratar da questão relacionada à aplicabilidade das normas constitucionais, tendo distinguido as normas em auto-executáveis, que correspondem às normas *self-executing* dos norte-americanos, e em não auto-executáveis, que corresponderiam às normas *not self-executing* dos norte-americanos.

As normas **auto-executáveis** seriam aquelas desde logo aplicáveis, por regularem diretamente as situações que cogitam. Normas **não auto-executáveis**, por outro lado, seriam aquelas cuja aplicabilidade estaria condicionada à elaboração de legislação infraconstitucional ulterior.

Essa distinção teria surgido da constatação de que “as constituições consubstanciam normas, princípios e regras de caráter geral, a serem convenientemente desenvolvidas e aplicadas pelo legislador ordinário, já que não podem, nem devem, descer às minúcias de sua aplicação”. (Silva, 2004, p. 73).

A partir dessas lições e influenciada pela doutrina italiana, a doutrina brasileira formulou diversas classificações das normas constitucionais segundo a sua eficácia e aplicabilidade, dentre as quais, a mais aceita é a desenvolvida por José Afonso da Silva, que classifica as normas constitucionais em três categorias: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

Normas constitucionais de eficácia plena seriam aquelas que produzem todos os seus efeitos desde a entrada em vigor do texto constitucional, ou seja, têm

o condão de incidir direta e imediatamente a partir do instante em que texto constitucional passar a vigorar. Como modalidades de normas de eficácia plena, podem ser citadas: a) as que estabelecem vedações; e b) as que concedem benefícios tributários (imunidades, isenções ou prerrogativas).

As normas de eficácia contida, por outro lado, são aquelas que, muito embora possam incidir e produzir efeitos imediatamente, prescrevem meios que permitem restringir sua eficácia a certos limites, de acordo com determinadas circunstâncias. Explica-se: essas normas regulam suficientemente o direito ou matéria de que tratam, permitindo sua incidência imediata; porém, autorizam que o Poder Público restrinja seus limites de incidência, mediante lei ulterior ou com base em circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas. Exemplificativamente, cita-se o direito de propriedade, previsto no inciso XXII do Art. 5º da Constituição Federal de 1988, que pode sofrer limitações por necessidade ou utilidade pública, por interesse social ou em caso de perigo iminente, nos moldes dos incisos XXIV e XXV do citado artigo da Carta Magna. A liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão, prevista no inciso XIII do aludido Art. 5º da Carta Magna, é outro exemplo de norma constitucional de eficácia contida, uma vez que essa liberdade poderá ser limitada pela exigência de qualificação profissional que a lei vier a estabelecer.

Por último, na categoria das normas de eficácia limitada, incluem-se as que não produzem seus efeitos essenciais imediatamente porque o constituinte reservou ao legislador infraconstitucional a tarefa de elaboração da normatividade que permitirá sua incidência nas situações previstas abstratamente.

Essas normas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos colimados pelo constituinte subdividem-se, de acordo com ensinamentos de José Afonso da Silva (2004, p. 73-74), em normas constitucionais de **princípio institutivo** e normas constitucionais **programáticas**. As normas de princípio institutivo seriam aquelas por meio das quais “o constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições dos órgãos, entidades e institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”. Programáticas, por seu turno, seriam as normas através das quais o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nelas consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem

cumpridos pelo Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário) como programas das respectivas atividades, almejando a consecução dos fins sociais do Estado Democrático de Direito.

A maioria da doutrina sustenta, com variadas designações terminológicas, a existência dessa graduação de eficácia das normas constitucionais. Nesse sentido, Maria Helena Diniz (1992, p. 105) assevera:

Há portanto, um gradualismo na eficácia das normas constitucionais, por não serem idênticas quanto à produção de seus efeitos e à sua intangibilidade ou emendabilidade. Certos mandamentos constitucionais são completos e plenos, por não exigirem norma posterior, independentemente de leis complementares ou de leis ordinárias que permitam a sua aplicação imediata; outros não têm essa execução imediata, devendo ser completados por leis ulteriores. Nestes últimos, com efeitos pretendidos pelo poder constituinte só ocorrerão se houver a requerida emissão de norma jurídica ordinária ou complementar. Há um escalonamento na intangibilidade e nos efeitos dos preceitos constitucionais, pois a Constituição contém normas com eficácia absoluta, plena e relativa. Todas têm juridicidade, mas seria uma utopia considerar que têm a mesma eficácia, pois o seu grau eficaz é variável. Logo, não há norma constitucional destituída de eficácia. Todas as disposições constitucionais têm a possibilidade de produzir, a sua maneira, concretamente, os efeitos jurídicos por ela visados.

E é exatamente em função da existência desses variados graus de eficácia das normas constitucionais que surge o mandado de injunção, instrumento que tem por finalidade propiciar a integração normativa, suprindo a omissão inconstitucional e viabilizando direito subjetivo constitucional cujo exercício se encontra inviabilizado pela ausência de regulamentação de norma constitucional de eficácia limitada.

2.4 A teoria da separação do poder

Com o objetivo de prevenir arbitrariedades e assegurar o exercício dos direitos fundamentais dos indivíduos, a Constituição Federal previu a divisão tripartite do Poder do Estado, cindindo-o em Poder Executivo, em Poder Legislativo e em Poder Judiciário, todos independentes e harmônicos entre si.

A doutrina da separação dos poderes remonta à Grécia antiga. A idéia

inicial da separação dos poderes pode ser identificada na obra a “Política”, de Aristóteles (século IV a.C.). Segundo Aristóteles (2000, p. 33), constituição mista seria “aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político”. O conceito de constituição mista contrapõe-se ao de constituição pura que consiste naquela em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político.

A constituição mista seria a maneira mais eficiente de se estabelecer o equilíbrio entre as classes sociais, uma vez que a vontade dos diversos segmentos da sociedade participaria das decisões políticas do Estado.

Já na Inglaterra do século XVIII, na obra “*Segundo tratado do governo civil*”, John Locke inicia o desenvolvimento sistematizado da teoria da separação dos poderes, como forma de limitação do poder do soberano nos Estados absolutistas. De acordo com Locke, a separação dos poderes em legislativo e executivo se fazia imprescindível, uma vez que nenhuma lei seria aplicada imparcialmente, se os homens que as fazem fossem os mesmos encarregados de aplicá-las. O poder supremo, para Locke, é o **legislativo**; os demais poderes dele derivam e a ele são subordinados. Ao **executivo** compete a aplicação das leis e ao **federativo**, manter relações com outros estados, especialmente por meio de alianças.

Contudo, foi Montesquieu, através de sua obra “Do espírito das leis”, que maior influência exerceu sobre o constitucionalismo, no que diz respeito ao princípio em análise. Coube a Montesquieu, ao conferir ao poder de julgar o *status* de poder do Estado, formular a estrutura tripartida do poder por nós conhecida na atualidade. Com essas palavras o pensador fundamenta sua tese (Montesquieu, 2000, p. 167-168):

“Quando, da mesma pessoa ou no mesmo corpo da Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade do cidadão seria arbitrário; pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.

Não existe, na verdade, divisão do poder; o poder é indivisível. O que se busca com o estabelecimento das diversas funções é a defesa do regime democrático e dos direitos fundamentais.

Com a teoria da separação dos poderes, justifica-se a possibilidade de controle mútuo das funções. Assim, toda vez que o representante de um dos poderes, no exercício de suas funções, cometer arbitrariedade, violando as leis, os princípios constitucionais ou os direitos fundamentais, haverá permissão para que os outros poderes atuem para recompor a ordem, trata-se do conhecido mecanismo dos “freios e contrapesos” (*checks and balances*). Duas importantes ferramentas do sistema de freios e contrapesos são o veto e o *impeachment*. O primeiro permite que o Executivo controle o processo legislativo, impedindo que a legislação entre em vigor, quando não corresponda aos fins do Estado. O *impeachment*, por sua vez, é o mecanismo jurídico que permite o controle, pelo Legislativo e Judiciário, sobre os atos do chefe do Executivo.

Por outro lado, o sistema de controle repressivo da constitucionalidade permite que o Judiciário também exerça controle sobre os atos do Executivo e do Legislativo. Isso ocorre quando o Judiciário declara a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos que não guardem harmonia com a Carta Política, tornando-os nulos.

O princípio da separação dos poderes fundamenta-se na especialização funcional e na independência orgânica das funções do estado. No entanto, consoante acentua Fernando Luiz Ximenes Rocha (2007, p. 6), a separação de poderes no Estado Constitucional contemporâneo

“(…) admite a realização, por um dos ramos funcionais, de atribuições típicas dos outros. Daí aceitar-se que, em certa medida, o Executivo também legisle, o Legislativo desempenhe funções administrativas e julgue, e o Judiciário igualmente aja como Executivo e legisle, em copiosa produção normativa que somente perde para a atividade legislativa do Executivo”.

O que não se pode admitir é que as funções atuem voltadas para satisfação de outros interesses que não os colimados pelo Estado Democrático de Direito. As funções devem ser desempenhas visando à promoção do bem comum, mesmo que em um ou outro momento exerçam funções típicas umas das outras, já que são independentes, conforme ressalta Celso Ribeiro Bastos (1995, p. 301):

O esquema inicial rígido, pelo qual uma dada função corresponderia a um único respectivo órgão, foi substituído por outro onde cada poder, de certa forma, exercia as três funções jurídicas do Estado: uma de caráter prevalente e as outras duas a título excepcional ou em caráter meramente subsidiário daquele. Assim, constata-se que os órgãos estatais não exercem simplesmente as funções próprias, mas desempenham também funções denominadas atípicas, quer dizer, próprias de outros órgãos. É que todo poder (entendido como órgão) tende a uma relativa independência no âmbito estatal e é compreensível que pretenda exercer na própria esfera as três mencionadas funções em sentido material.

A partir dessas considerações, observa-se que o princípio da separação dos poderes (funções) surgiu como maneira de limitar os Poderes do soberano, justificando-se, ainda, na necessidade de especialização dos órgãos do Estado e permitir que o povo participasse do governo do Estado. Ora, o que motivou a adoção desse princípio pelos Estados modernos foi a idéia de que funcionasse como um sistema de controle mútuo das funções (freios e contrapesos). Sendo assim, absolutamente admissível que uma das funções interfira na esfera das outras quando estas não cumprem seu *munus* em conformidade com os princípios da Constituição.

2.5 O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade

O princípio da supremacia constitucional (rigidez da Constituição) reduz as hipóteses de modificações não apenas das normas constitucionais, mas também exige que as demais normas jurídicas, que nela encontram fundamento validade, compatibilizem-se com os preceitos constitucionais. Desse modo, as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se conformarem-se com as normas da Constituição Federal. Essa conformidade das normas com os ditames constitucionais, segundo José Afonso da Silva (2003, p. 46), “não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, **pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional**”. (destaque nosso). Assim, a Constituição de 1988 reconhece, no Art. 102, inciso I, alínea “a”, e inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”, e Art. 103, parágrafos 1º a 3º, a inconstitucionalidade por ação e por omissão.

Em face do princípio da supremacia da Constituição, as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. A inconstitucionalidade por ação se manifesta sob dois aspectos: formal, quando é inobservado o processo legislativo previsto para sua elaboração e material, quando a norma contrarie preceito ou princípio constitucionalmente consagrado.

A inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, resulta da ausência de norma que, de acordo com a Constituição, deveria ter sido editada pelo Poder Público. Configura-se a inconstitucionalidade por omissão quando “não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais” (Silva, 2003, p. 47).

No Brasil, o controle repressivo da constitucionalidade pode ser realizado de duas formas: difusa e a concentrada. O controle difuso é aquele que pode ser realizado, incidentalmente, por todas as instâncias do Poder Judiciário. O controle difuso (ou por via indireta) é um controle concreto da norma e a sentença produz efeitos apenas *inter partes*, não vinculando outras decisões e ocorre

(...) quando, no curso de um pleito Judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar. Sem o caso concreto (a lide) e sem a provocação de uma das partes, não haverá intervenção judicial, cujo julgamento só se estende às partes em juízo. A sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à anulação da lei, mas tão-somente à sua não-aplicação ao caso particular, objeto da demanda. É controle por via incidental. (Bonavides, 2005, p. 302).

As decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade produzem efeitos apenas entre as partes da relação jurídica processual, prevalecendo a regra do Processo Civil segundo a qual a sentença faz coisa julgada entre as partes às quais é dada.

A competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade, por meio da qual é realizado o controle concentrado (em tese) da constitucionalidade, é do Supremo Tribunal Federal, órgão de superposição do Poder Judiciário, a quem compete a guarda da Constituição, nos moldes do Artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

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

I – processar e julgar originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade produzem eficácia *erga omnes* (contra todos) e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas três esferas administrativas. Consoante inteligência do Artigo 102, parágrafo 2º, da Constituição Federal, esse efeito ultra processual resulta do fato de, nessas demandas, haver o controle da norma abstratamente, que visa à preservação da Constituição, norma fundamental que confere validade ao ordenamento jurídico.

Nesses processos de controle concentrado da constitucionalidade, a análise da compatibilidade da norma com a Constituição é sempre realizada abstratamente, em tese. Trata-se de processo objetivo, em que não se tutelam situações subjetivas, mas sim a adequação da norma infraconstitucional às normas constitucionais. Daí porque a decisão proferida nesses processos produzirá efeitos *erga omnes*, podendo a Corte Suprema, com fulcro no Art. 27 da Lei nº 9.868/99, restringir os efeitos da decretação de inconstitucionalidade ou decidir que ela só terá eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Registre-se, por fim, que o Senado Federal poderá suspender, no todo ou em parte, a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos moldes do inciso X do *caput* do Artigo 52 da Constituição Federal.

À luz do exposto, em face do princípio da supremacia da Constituição, que a coloca no vértice do ordenamento jurídico de um Estado, servindo de fundamento de validade das normas infraconstitucionais, todas estas devem se compatibilizar com os princípios consagrados na Carta Magna. Não existindo essa compatibilidade, surge a possibilidade de pugnar que Judiciário exerça o controle repressivo dessa

inconstitucionalidade. Esse controle poderá ser concentrado, realizado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, ou difuso, quando realizado por qualquer instância do Judiciário (Juízo ou tribunal). As decisões do controle concentrado, em que se analisa a constitucionalidade em tese, produzem eficácia *erga omnes*. As do controle difuso, realizada em concreto, produzem efeitos apenas *inter partes*.

2.6 Ação de Inconstitucionalidade por Omissão

A inconstitucionalidade por omissão, conforme já se disse, ocorre quando não são editadas as normas necessárias para tornar plenamente aplicáveis as normas constitucionais. A ação de inconstitucionalidade por omissão, ao contrário do mandado de injunção, “não está vinculada a nenhum direito subjetivo, por isso ela dá início a um processo objetivo, visando a defesa da Constituição, da mesma forma que a ação direta de inconstitucionalidade” (Mazzei, 2007, p. 159).

Com esse mesmo entendimento podemos citar Guerra Filho (op. cit. p. 139), para quem o mandado de segurança e o mandado de injunção seriam instrumentos adequados para “defesa de direitos fundamentais dos indivíduos contra ato ou omissão agressiva do Poder Público, evitando que tais direitos se reduzam a **meros programas ou proposições teóricas desprovidas de eficácia**”(destaque nosso). Já as ações declaratórias de inconstitucionalidade, aí incluídas as ações de inconstitucionalidade por omissão, assim como as declaratórias de constitucionalidade, teriam por finalidade primordial a tutela dos princípios basilares da própria ordem constitucional objetiva.

Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar a ação de inconstitucionalidade por omissão, nos moldes do Art. 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal. A legitimidade ativa para propor a ação de inconstitucionalidade por omissão é conferida apenas àqueles aos quais o constituinte concedeu legitimidade ativa para a ação direta de inconstitucionalidade e para a declaratória de constitucionalidade, conforme reza o Art. 103 da Carta Magna.

O parágrafo 2º do artigo 103 da Constituição Federal, a seu turno, estatui, *in verbis*:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder Público competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

O constitucionalista José Afonso da Silva (2003, p. 53) sustenta que na ação de inconstitucionalidade por omissão não se verifica, como ocorre em relação à ação direta de inconstitucionalidade, a inconstitucionalidade em tese, mas *in concreto*, em outras palavras, a atividade jurisdicional se resumiria apenas em analisar se foi ou não produzida uma medida (edição de lei, decreto etc) a que se reporta o dispositivo constitucional. A prevalecer essa tese, estaria descartada a possibilidade de tal provimento produzir efeito *erga omnes*, resumindo-se em uma comunicação dirigida diretamente ao órgão a quem é imputada a omissão (Poder Legislativo ou outro órgão da Administração Pública), cientificando-o da mora legislativa, para adoção das providências necessárias ao suprimento da lacuna. Caso a omissão seja imputada a um órgão da Administração Pública, este disporá do prazo de trinta dias para supri-la.

A ação de inconstitucionalidade por omissão, todavia, dá ensejo à formação de um processo objetivo, não há tutela de situações subjetivas concretas. Deve ser acolhida, pois, a tese segundo a qual a decisão proferida nesse processo de controle abstrato da omissão produzirá eficácia *erga omnes*.

Quanto ao conteúdo da decisão prolatada em tais processos, além do caráter eminentemente declaratório, possui também natureza mandamental, decorrente da obrigação de legislar que impõe ao Poder Público. O constitucionalista José Afonso da Silva (2003, p. 55-56), entende que, caso legislador não supra a omissão em certo prazo, o Judiciário poderia emitir uma decisão normativa para valer como lei, enfatizando que

(...) a sentença que reconhece a inconstitucionalidade por omissão é declaratória quanto a esse reconhecimento, mas não é meramente declaratória, porque dela decorre um efeito ulterior de natureza mandamental no sentido de exigir do Poder competente a adoção das providências necessárias ao suprimento da omissão. Esse sentido mandamental é mais acentuado em relação ao órgão administrativo. Mas ele

existe também no tocante à ciência ao Poder Legislativo. Não há de se limitar à mera ciência sem conseqüência. Se o Poder Legislativo não responder ao mandamento judicial, incidirá em omissão ainda mais grave. Pelo menos terá que dar alguma satisfação ao Judiciário. É certo que, se não o fizer, praticamente nada se poderá fazer, pois não há como obrigar o legislador a legislar. Por isso é que, no caso de inconstitucionalidade por omissão, propugnamos por uma decisão judicial normativa, para valer como lei se após certo prazo o legislador não suprisse a omissão. A sentença normativa teria esse efeito. Mas o legislador constituinte não quis dar esse passo à frente.

De tudo que foi exposto, infere-se que a ação de inconstitucionalidade por omissão se destina a preservar a ordem constitucional, conferindo eficácia às normas constitucionais, cuja efetividade encontra-se inviabilizada por omissão do legislador infraconstitucional. Infere-se, ainda, que o controle da inconstitucionalidade por omissão é realizado exclusivamente de forma concentrada e que os efeitos do provimento jurisdicional que decide a ação de inconstitucionalidade por omissão produzirá eficácia *erga omnes*.

3 O PROCESSO CONSTITUCIONAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO

3.1 Abordagem introdutória

Este capítulo é dedicado à análise do processo constitucional do mandado de injunção. Aqui serão abordados temas como os pressupostos específicos desse processo, as pessoas legitimadas para impetrá-lo e os legitimados para integrar o pólo passivo da demanda.

É também, neste capítulo, que se definirão os órgãos jurisdicionais competentes para julgar o mandado de injunção, o procedimento aplicável a esse processo especial e a possibilidade de deferimento de medida liminar nesse remédio heróico. Concluindo o capítulo, será estabelecida a distinção entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão que foi tema de análise do capítulo anterior.

3.2 Pressupostos específicos

O mandado de injunção exige dois pressupostos básicos, quais sejam: carência de norma regulamentadora de preceito constitucional e a inviabilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Imprescindível, conseqüentemente, que a inviabilidade do exercício do direito subjetivo constitucional decorra da falta da norma regulamentadora (omissão normativa do Poder Público). Desse modo, existindo possibilidade de exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucionalmente assegurados, não haverá o interesse, necessidade de agir, capaz de viabilizar o mandado de injunção. O Supremo Tribunal Federal (MI nº 81-6/DF, DJ de 25.05.1990, Relator Min. Celso Mello) endossa o entendimento segundo o qual

A estrutura constitucional do mandado de injunção impõe, como um dos pressupostos essenciais de sua admissibilidade, a ausência de norma regulamentadora.

Essa situação de lacuna técnica – que se traduz na existência de um nexos causal entre *vacuum 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.

A norma infraconstitucional a ser editada para regulamentar o preceito constitucional poderá ser lei complementar ou ordinária de iniciativa do Presidente da República ou de uma das Casas do Congresso Nacional. Pode a norma regulamentadora tratar-se, exemplificativamente, de resolução a ser editada pelo Senado ou por outros órgãos da Administração direta ou indireta, como o Conselho Nacional de Trânsito ou o Banco Central do Brasil.

3.3 Mora do Poder Público

Para que se possa conceder o mandado de injunção é imprescindível que esteja configurada a mora do Poder Público. Além da obrigação constitucional de regulamentar o preceito constitucional, é indispensável que o Poder Público não tenha elaborado a norma em prazo razoável. Somente quando se verificarem essas condições é que se poderá admitir a possibilidade de concessão do mandado injuncional. Ou seja, somente quando expirar o prazo estabelecido constitucionalmente para elaboração da norma infraconstitucional regulamentadora do exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais ou quando ultrapassado prazo razoável para elaboração da norma sem que isso tenha sido providenciado é que estará configurada a mora do Poder Público capaz de ensejar a concessão do *mandamus*.

No julgamento do MI nº 543-5/DF, decisão publicada no Diário da Justiça de 24.05.2002, tendo como relator o Ministro Octávio Gallotti, o Ministro Celso Mello já se reconhecia que “a mera superação dos prazos constitucionalmente assinalados é bastante para qualificar, como omissão juridicamente relevante, a inércia estatal, apta a ensejar, como ordinário efeito consequencial, o reconhecimento, *hic et nunc*, de uma situação de inatividade inconstitucional”.

Quanto ao dever estatal de atuar para conferir efetividade aos preceitos constitucionais, independentemente da existência de prazos constitucionais fixados para legislar, Canotilho (1994, p. 276), leciona que “para lá dos casos em que a Constituição estabelece prazos para o cumprimento das suas imposições, muitas

outras disposições constitucionais (...) exigem a sua concretização em tempo razoável, sob pena de a 'situação' criada pela inércia legislativa resvalar para uma 'realidade inconstitucional'".

3.4 Hipóteses de não-cabimento do mandado de injunção

O mandado de injunção não é, porém, o instrumento adequado para solucionar todas as omissões legislativas que inviabilizam o exercício de direitos constitucionais subjetivos, tanto que o constituinte dispôs sobre a ação de inconstitucionalidade por omissão para defesa da ordem jurídica constitucional contra as omissões legislativas, não apenas em relação à regulamentação das normas que dispõem sobre direitos fundamentais, mas em relação a todas as omissões legislativas violadoras de preceitos constitucionais. Sendo assim, se o preceito constitucional dependente de regulamentação não consagra direito subjetivo, não poderá ser tutelado pelo *mandamus*.

Não é o mandado de injunção, por exemplo, instrumento adequado para se obter a regulamentação dos efeitos de medida provisória rejeitada, como também não será cabível o *writ* em questão quando a própria Constituição já dispuser como se dará o exercício do direito enquanto não aprovada a lei regulamentadora. De igual modo, inadmissível mandado de injunção para pleitear o cumprimento de norma regulamentadora do preceito constitucional que estaria sendo desobedecida.

Sendo possível a aplicação de outros meios de integração do direito, tais como a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, também não seria cabível o mandado de injunção por falta de interesse (necessidade) processual. Calmon de Passos (1989, p. 110), admitindo a utilização dessa tese para solução da lide, sugere:

(...) até que o legislador venha a exercitar seu poder regulamentar, que se não esgota com a edição de uma lei, vigorarão as que não foram nem revogadas nem derogadas pela Carta de 88, porque com as suas prescrições compatíveis. Possível essa aplicação da legislação vigente, mesmo por via analógica, descabe o mandado de injunção. Esse exame prévio da existência de norma vigente, apta para a disciplina do caso concreto, inclusive, é também aspecto a ser previamente examinado e decidido pelo magistrado, na lide em que se suscitou a questão de

inconstitucionalidade por omissão, sujeita sua decisão aos controles previstos para as decisões em geral.

Há ainda, entre os que sustentam a possibilidade de o Judiciário editar uma regra geral, aplicável não apenas às decisões submetidas ao Judiciário, mas também aos demais casos semelhantes, quem defenda a impossibilidade de concessão de mandado de injunção quando o direito subjetivo a ser tutelado depender da organização de determinados serviços públicos ou quando for necessária a disposição de recursos públicos para efetivação de tais direitos. Calmon de Passos (1989, p. 112-113), assim se posiciona:

Entendemos, entretanto, descaber o mandado de injunção quando adimplemento, seja pelo particular, seja pelo Estado, envolve a organização prévia de determinados serviços ou a alocação específica de recursos, porque nessas circunstâncias se faz inviável a tutela, inexistentes os recursos ou o serviço, e construir-se o mandado de injunção como direito de impor ao Estado a organização de serviços constitucionalmente reclamados teria implicações de tal monta que, inclusive constitucionalmente, obstam, de modo decisivo, a pertinência do *mandamus* na espécie. Tentarei um exemplo. O seguro-desemprego. Impossível deferi-lo mediante o mandado de injunção, visto como ele é insuscetível de atribuição individual, sem todo um sistema (técnico) instalado e funcionando devidamente. Também seria inexigível do sujeito privado uma prestação inapta a revestir-se do caráter de pessoalidade reclamada na injunção, como, por exemplo, a participação nos lucros da empresa. A competência deferida ao Judiciário, de substituir-se ao Legislativo para edição da norma regulamentadora, não derroga todos os preceitos que disciplinam a organização política do Estado, sua administração financeira, as garantias orçamentárias e a definição de políticas e de estratégias de melhor aplicação dos dinheiros públicos alocados para atendimento das necessidades de caráter geral.

Verifica-se, pois, que o mandado de injunção somente será cabível nas restritas hipóteses em que, existindo o direito subjetivo constitucional, inexistam regras disciplinadoras de seu exercício. Não sendo o mandado de injunção o instrumento adequado a solucionar controvérsias fundadas em normas em vigor, é o caso de se concordar com Meirelles (2003, p. 253-254), segundo o qual, “de um modo geral, pode-se dizer que o mandado de injunção não se presta a resolver controvérsias baseadas em normas em vigor, mas apenas e tão-somente a possibilitar o exercício de um direito constitucional frustrado pela omissão na edição da norma regulamentadora competente.”

3.5 Legitimidade para agir

3.5.1 Legitimidade ativa

Aplica-se ao mandado de injunção as regras gerais de legitimação para agir, ou seja, cada um somente poderá pleitear em nome próprio sobre direito próprio, salvo quando autorizado por lei, consoante preceitua o Artigo 6º do Código de Processo Civil.

Desse modo, e considerando o texto do dispositivo constitucional que trata do *writ* em estudo, qualquer pessoa, física ou jurídica, titular de direitos subjetivos previstos na Constituição, cujo exercício esteja inviabilizado em face da inexistência de norma infraconstitucional regulamentadora, detém legitimidade para impetrar mandado de injunção a fim de viabilizar o exercício de citados direitos constitucionais.

Existem decisões do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a ilegitimidade ativa das pessoas jurídica de direito público, Estados e Municípios, para propositura do mandado de injunção, uma vez que o remédio constitucional em questão teria por finalidade solucionar questões que digam respeito a direitos fundamentais, como dignidade, liberdade e igualdade da pessoa humana e não a outros direitos previstos na Carta Magna, decorrentes da organização descentralizada do Estado Brasileiro. Assim é que, no Mandado de Injunção nº. 537/SC, publicado no Diário da Justiça de 11.09.2001, Relator Min. Maurício Corrêa, aquela Corte acolheu o seguinte entendimento:

Esta Corte, no julgamento do AGRMI N. 595-MA, VELLOSO (DJ 23.04.1999), decidiu que somente tem legitimidade ativa para a ação o titular do direito ou liberdade constitucional ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência de norma infraconstitucional regulamentadora. A omissão legislativa que justifica a impetração do writ é aquela que por sua própria natureza diz respeito às situações definidas em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. Tratando-se de pessoa jurídica de direito público, não tem o impetrante legitimidade ativa para a propositura do mandamus. É por isso que o Tribunal tem assentado critérios bastante amplos, que revelam a preocupação em dar efetividade aos direitos consagrados na Constituição, visando desta forma evitar que os comandos constitucionais possam ser afetados pela inércia dos poderes legiferantes do

Estado. Não se pode, contudo, incluir dentre os direitos fundamentais as prerrogativas de que gozam os Municípios na estrutura política em face dos Estados e da União, pois eles decorrem da opção constitucional de descentralização vertical do Estado Brasileiro. Outorgar ao Município legitimidade ativa processual para impetrar mandado de injunção seria elastecer o conceito de direitos fundamentais além daquilo que a natureza jurídica do instituto permite. Por essa razão, o interesse jurídico do Município na lei sobre compensação entre os sistemas de previdência não consubstancia direito fundamental a ser tutelado pelo mandado de injunção, via processual inadequada para efetivar as prerrogativas de municipalidade. Diante de tais circunstâncias, com fundamento no § 1º do artigo 21 do RISTF, nego segmento ao writ. (destaque nosso)

3.5.2 Legitimidade ativa no mandado de injunção coletivo

Quanto à possibilidade de ajuizamento de mandado de injunção coletivo, a doutrina e jurisprudência majoritária entendem ser irrelevante o fato de inexistir previsão constitucional a respeito, recomendando-se que se aplique, analogicamente, a regras pertinentes ao mandado de segurança, previstas no inciso LXX do Artigo 5º da Carta Magna, segundo o qual é possível a impetração do mandado de segurança por: “a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”

Sendo assim, é possível a impetração de mandado de injunção coletivo, desde que o prejuízo decorrente da falta de norma regulamentadora dos direitos assegurados pela norma constitucional afete a todos os associados de certa entidade. Em outras palavras, para se admitir a legitimidade ativa da entidade associativa, é indispensável que seus associados sejam titulares do direito constitucional prejudicado pela falta da norma regulamentadora, pois do contrário, caracteriza-se a ilegitimidade ativa para o ajuizamento do mandado de injunção coletivo.

Na doutrina, há quem defenda a tese segundo a qual apenas o titular do direito ou prerrogativa constitucional teria legitimidade ativa para propor mandado de injunção. Essa é a tese defendida por Calmon de Passos, muito embora reconheça a possibilidade de substituição processual ou de a lei conferir legitimidade

extraordinária a outrem, entendendo, ainda, que a legitimação processual das entidades associativas para impetrar o mandado de injunção dependeria de expressa autorização de seus filiados, nos moldes do inciso XXI do Artigo 5º da Carta Magna, *in verbis*:

A legitimidade processual ativa é do titular do direito cujo exercício está obstado por falta de norma regulamentadora. Legitimação ordinária. Entendemos, entretanto, que se o exercício desse direito pode ser promovido por algum substituto processual ou legitimado extraordinário de outra categoria, também para o mandado de injunção estará ele legitimado. O inciso XXI do art. 5º da CF prevê a legitimação das entidades associativas, quando autorizadas expressamente, para representar judicialmente, seus filiados. Essa autorização é possível no tocante ao mandado de injunção. (...) A par disso, o inciso III do art. 8, também da Carta de 88, prevê a legitimação extraordinária do sindicato para defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais dos integrantes da categoria que ele representa. Essa previsão se estende ao mandado de injunção? Já frisamos que, para nós, essa legitimação do sindicato diz respeito a interesses que sejam pertinentes à categoria, isto é, que digam com o exercício do trabalho dos associados, que os legitima a serem associados. (Calmon de Passos, 1989, p. 116)

Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade ativa das entidades associativas para impetração do mandado de injunção em favor dos associados, tanto coletiva quanto individualmente, independentemente de autorização expressa, consoante decidiu no MI n. 472/DF, Relator Ministro Celso de Mello, publicada no Diário da Justiça da União de 02/03/2001, *verbis*:

E M E N T A: MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - IMPETRAÇÃO DEDUZIDA POR CONFEDERAÇÃO SINDICAL - POSSIBILIDADE - NATUREZA JURÍDICA DO WRIT INJUNCIONAL - TAXA DE JUROS REAIS (CF, ART. 192, § 3º) - OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL - FIXAÇÃO DE PRAZO PARA LEGISLAR - DESCABIMENTO, NO CASO - WRIT DEFERIDO. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - ADMISSIBILIDADE. **Entidades sindicais dispõem de legitimidade ativa para a impetração do mandado de injunção coletivo, que constitui instrumento de atuação processual destinado a viabilizar, em favor dos integrantes das categorias que essas instituições representam, o exercício de liberdades, prerrogativas e direitos assegurados pelo ordenamento constitucional.** Precedentes sobre a admissibilidade do mandado de injunção coletivo: MI 20, Rel. Min. CELSO DE MELLO; MI 342, Rel. Min. MOREIRA ALVES, e MI 361, Rel. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. (**Mandado de Injunção nº 472/DF**, Acórdão do Tribunal Pleno, Min. Celso de Mello, publicada no DJU, Seção I, de 2 de Março de 2001, página 3.) (destaques nossos)

3.5.3 Legitimidade do Ministério Público

O Ministério Público possui legitimidade promover a defesa dos interesses coletivos, podendo, pois, ajuizar mandado de injunção coletivo. Considerando que a Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre o Ministério Público, incumbiu-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, entende-se que o Ministério Público poderá “agir em prol daquele que é beneficiado por norma constitucional, mas que não consegue exercê-la pela falta de regulamentação” (Mazzei, 2007, p. 170). De acordo com esse entendimento, os direitos subjetivos consagrados por tais normas constitucionais constituem-se em direitos individuais indisponíveis.

Além do mais, os incisos II e III do *caput* do Artigo 129 da Carta Magna consagram como funções institucionais do Ministério Público, *in verbis*:

“II - 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;**
 III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de **outros interesses difusos e coletivos;**” (destaque nosso)

Não bastasse o teor dos dispositivos constitucionais citados, considerando o disposto no inciso VIII do Artigo 6º da Lei Complementar nº. 75, de 20 de maio de 1993, segundo o qual compete ao Ministério Público “promover outras ações, nelas incluído o mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando difusos os interesses a serem protegidos”, não paira dúvida sobre a legitimidade ativa extraordinária do Ministério Público para impetrar mandado de injunção na defesa de interesses difusos.

3.5.4 Legitimidade passiva

A maior parte da doutrina pátria ensina que o sujeito passivo do mandado de injunção será sempre ente estatal ao qual a norma constitucional tenha atribuído

o dever jurídico de editar o provimento normativo regulamentador do exercício do direito previsto no preceito constitucional de eficácia limitada.

Desse modo, só possuiriam legitimidade passiva os órgãos das pessoas estatais que podem editar atos normativos, por exemplo, Presidente da República, Congresso Nacional, Tribunal de Contas, Tribunais Superiores etc., não se admitindo litisconsórcio passivo, de modo que, se a omissão for legislativa federal, o mandado de injunção deverá ser ajuizado em face do Congresso Nacional, salvo se a iniciativa da lei for privativa do Presidente da República, quando então o mandado de injunção deverá ser ajuizado em face deste.

Cabe enfatizar ser igualmente inadmissível o litisconsórcio passivo entre o órgão público que deverá, se for o caso, elaborar a regulamentação necessária e particulares que, em favor do impetrante do mandado de injunção, vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora, conforme decisão proferida pelo Ministro Moreira Alves no MI nº 323-8/DF, Diário da Justiça de 09.12.1994, p. 34.080, *in verbis*:

Tendo em vista a natureza mandamental do mandado de injunção, como afirmado por esta Corte, a partir do Mandado de Injunção n. 107 (questão de ordem), ele se dirige, apenas, às autoridades ou órgãos públicos que se pretendem omissos quanto à regulamentação que viabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Daí, não poder participar da relação jurídica processual, em mandado de injunção, o Banespa S. A. Crédito, Financiamento e Investimento, como litisconsorte passivo. Exclua-se essa entidade financeira da autuação.

Caso se entenda que a finalidade a ser alcançada pelo mandado de injunção resume-se à declaração da inconstitucionalidade da omissão do Poder Público, decorrente da falta de elaboração da norma regulamentadora do preceito constitucional garantidor do direito de que se diz titular o impetrante, como tem entendido o Supremo Tribunal Federal, o pólo passivo da demanda deve mesmo ser formado apenas pela ente estatal a quem é imputada a omissão, não se admitindo a formação de litisconsorte passivo.

Todavia, sustenta-se que será obrigatória a formação do litisconsórcio passivo (necessário) com a pessoa, pública ou privada, que irá sofrer o resultado do

mandado de injunção, caso se admita que o Judiciário deverá solucionar a lide editando norma concreta que assegure o exercício do direito constitucional dependente de regulamentação.

3.6 Competência

A competência para processar e julgar o mandado de injunção é definida em função do órgão ou autoridade a quem caiba a edição do diploma legal regulamentador, conforme infere-se do disposto nos Artigos 102 e 105 da Constituição. Impõe-se, ainda, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal (MI 176, DJ 09.04.1992), “observar o balizamento subjetivo da própria inicial do mandado de injunção, não cabendo ao Tribunal no qual tenha sido ajuizado emendá-la quanto à autoridade apontada como omissa”.

O Supremo Tribunal Federal detém competência originária para processar e julgar o mandado de injunção quando a atribuição para elaborar a norma a regulamentadora do dispositivo constitucional for do Presidente da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal, conforme disposto na alínea “q” do inciso I do *caput* do Art. 102 da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, quando a elaboração da norma regulamentadora dos direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais 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, a competência originária para processar e julgar o mandado de injunção é do Superior Tribunal de Justiça. (Art. 105, inciso I, alínea “h”, da CF/88).

Alguns autores, como é o caso de José da Silva Pacheco (2003, p. 395), advogam que os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais não teriam competência para julgar o mandado de injunção, apesar da ressalva constante da

parte final da alínea "h" do inciso I, do *caput* do Art. 105 da CF/88 em razão de referido feito não figurar dentre aqueles listados no art. 109 da Carta Magna, que trata dos processos de competência da Justiça Federal.

Porém, não é isso que ocorre. O simples fato de o mandado de injunção não ser mencionado expressamente no Artigo 109 da Carta Magna não significa que a Justiça Federal não detenha competência para processar e julgar esse *writ*. Pelo contrário, quando a Constituição diz competir aos juízes federais processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, excepcionando as causas de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho, não exclui da competência da Justiça Federal a competência para o julgamento do mandado de injunção.

Nesse sentido, o plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu, no MI 571 (DJ 20/11/98), ser da Justiça Federal de primeira instância a competência para conhecer de mandado de injunção quando a omissão normativa for atribuída à autarquia federal. Nesse sentido, destaca-se o voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

Malgrado prescreva, na sua parte inicial, a competir ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente 'o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal', a alínea *h* do art. 105, inciso I, da Constituição, subtrai dessa área de competência não apenas '*os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho*', mas também da '**Justiça Federal**'. Ora, **a Justiça Federal, de sua vez, detém competência geral para as causas em que sejam partes a União, entidade autárquica federal ou empresa pública federal, salvo quando haja circunstância especial que a inclua na competência de um dos dois órgãos judiciários de superposição**, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça. Desse modo, a aparente regra geral de competência do STJ, prevista no art. 105, I, h, da CF, quando subtraída das áreas de competência do STF, de um lado, e da Justiça Federal, de outro, reduz-se a hipóteses excepcionais, entre as quais me ocorre, por exemplo, aquela em que, sendo-lhe **imputada a omissão normativa, seja um ministro de Estado a parte formal no processo do mandado de injunção**. (destaques nossos)

A Constituição não dispôs expressamente sobre a competência da Justiça do Trabalho para o processo e julgamento do mandado de injunção, reservando ao legislador infraconstitucional a tarefa de disciplinar a competência jurisdicional, conforme disposto no parágrafo 1º do artigo 111-A. A possibilidade de fixação de

competência da Justiça do Trabalho para julgamento do mandado de injunção infere-se da ressalva existente no Art. 105, caput, inciso I, alínea “h”, da Constituição, segundo o qual compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente o 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. (destaques nossos)

As Constituições dos Estados-membros, por sua vez, poderão, nos termos do parágrafo 1º do artigo 125 da Constituição Federal de 1988, definir qual o Juízo ou órgão do Tribunal de Justiça do Estado será competente para processar e julgar o mandado de injunção contra a omissão do Poder Público estadual em relação às normas constitucionais estaduais de eficácia limitada.

A Constituição do Estado do Ceará, no artigo 108, inciso VII, alínea “c”, , sem especificar o tipo de omissão que pode ser suprida através do *mandamus*, dispõe competir ao Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção contra omissão do Governador do Estado, da Mesa e 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 alguns de seus órgãos, do Procurador Geral de Justiça, do Procurador Geral do Estado, do Chefe da Casa Militar, do Chefe de 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.

No âmbito da Justiça Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais têm competência para processar e julgar o mandado de injunção, nos termos do Art. 121, parágrafo 4º, inciso V, da Constituição Federal, ficando reservado ao Tribunal Superior Eleitoral o julgamento, em grau de recurso, do mandado de injunção que tiver sido denegado pelos Tribunais Regionais.

3.7 Procedimento das normas do mandado

parágrafo único

Não existindo disciplina legal do processo de mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal firmou, por unanimidade, o entendimento segundo o qual o mandado de injunção é de auto-aplicabilidade, independentemente de edição de lei regulamentado-o, em face do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, o qual determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Na mesma ocasião, decidiu-se que o procedimento aplicável ao mandado de injunção seria, por analogia, o mesmo do mandado de segurança, no que couber, conforme pronunciamento acerca da questão de ordem suscitada no MI 107-DF, DJU de 21.09.1990, Relator Ministro Moreira Alves, *in verbis*:

Mandado de Injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade.(...) 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. (destaque nosso)

Em face da utilização da expressão “no que couber”, na decisão transcrita acima, entende-se que a Corte Suprema não quis que se seguisse à risca as formalidades especificamente estabelecidas para o procedimento do mandado de segurança, o que poderia impedir, o exame de questões importantes que possam ser submetidas através do mandado de injunção. Não equiparando totalmente os procedimentos de ambos os institutos, o Supremo Tribunal Federal, conseqüentemente, também não afastou, por exemplo, a possibilidade de ampla produção de prova no mandado de injunção. Além do mais, não seria compatível com o mandado de injunção a restrição do prazo de 120 dias para impetração, uma vez que seria difícil, senão impossível, a determinação do dia a partir do qual se contaria o prazo de decadência do direito de ação para defesa do direito, liberdade ou prerrogativa constitucionais, ou, como sustenta Guerra Filho (ob. cit. p. 150), por “não se admitir a perda por prescrição da defesa a direito fundamental”.

Posteriormente, a Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, previu que, enquanto não for editada norma processual específica sobre o mandado de injunção,

sejam observadas as normas do mandado de segurança, no que lhe for compatível, dispondo no no Art. 24, parágrafo único, *in verbis*:

Art. 24. *Na ação rescisória, nos conflitos de competência, de jurisdição e de atribuições, na revisão criminal e no mandado de segurança, será aplicada a legislação processual em vigor.*

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.* (destaque nosso)

A petição inicial do mandado de injunção deverá preencher os requisitos dos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil. Estando preenchidos os requisitos necessários, o juiz ordenará a notificação do demandado a fim de que, no prazo de dez dias, preste as informações que achar necessárias, na forma preconizada no inciso I do caput do artigo 7º da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

Expirado o prazo para oferecimento das informações, sendo ou não estas apresentadas, será concedido o prazo de cinco dias para que o Ministério Público se manifeste sobre o pleito. Em seguida, os autos serão conclusos ao juiz para julgamento que deverá ocorrer no prazo de cinco dias.

3.8 Medida liminar em mandado de injunção

A jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal considera a medida liminar incompatível com o procedimento do mandado de injunção. É que a concessão de liminar nesse *writ* implicaria na decisão do mérito da causa e, conseqüentemente, inobservância do princípio do devido processo legal.

Na doutrina, porém, há vozes que sustentam ser possível a concessão de medida liminar no mandado de injunção, desde que necessária para evitar lesão a direito do impetrante ou prevenir dano irreparável. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles (2003, p. 257) advoga:

Entendemos cabível, eventualmente, até mesmo a medida liminar como providência cautelar para evitar lesão a direito do impetrante do mandado de injunção, desde que haja possibilidade de dano irreparável se se aguardar a decisão final da Justiça. Se tal medida é cabível para defesa de direito individual ou coletivo amparado por lei ordinária, com mais razão há de ser

para proteger os direitos e prerrogativas constitucionais asseguráveis pelo mandado de injunção, desde que ocorram os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

J. J. Calmon de Passos (1989, p. 120-121) também entende cabível liminar no mandado de injunção, segundo pontifica, a liminar, no *writ* em tela, seria medida cautelar, não se tratando de antecipação da tutela por política legislativa, sim de antecipação por estarem presentes os fundamentos de toda cautelar, plausibilidade do direito e risco de dano irreparável, ou de difícil e incerta reparação (risco de ineficácia total ou parcial da futura tutela). O direito, por estar previsto em preceito constitucional, já seria certo em todas as situações em que cabível o mandado de injunção. O perigo de dano, por sua vez, estaria na frustração do exercício do direito no futuro, quando a norma vir a ser editada. Por isso, a liminar não anteciparia a norma regulamentadora do direito, simplesmente eliminaria o risco do exercício do direito vir a frustrar-se. Em outras palavras, asseguraria o exercício do direito no futuro.

3.9 Execução da sentença prolatada no mandado de injunção

Acolhida a orientação da jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a sentença proferida no mandado de injunção teria natureza mandamental, a execução desse provimento realizar-se-ia através da expedição de ofício dirigido à autoridade impetrada, cientificando-a da omissão, a fim de que adote as providências necessárias para suprir a lacuna.

Por outro lado, caso prevaleça a tese acolhida pelo Supremo Tribunal Federal no mandado de injunção 562-9/RS, Diário da Justiça de 20.06.2003, p. 58, que assegurou aos impetrantes o exercício da ação de reparação patrimonial sem prejuízo de se beneficiarem do que a lei a ser editada lhes seja mais favorável do que o disposto na decisão, a coisa julgada terá eficácia limitada no plano temporal. Ou seja, prevalecerão os efeitos da decisão tão-somente até que seja editada a norma geral pelo órgão competente. Mesmo nessa hipótese, a execução da sentença será definitiva, posto que o provimento não estaria a depender de julgamento de recurso.

Essa decisão do Supremo Tribunal ostentaria caráter constitutivo e seria executada mediante ação de liquidação a ser veiculada no juízo de primeira instância.

3.10 Distinção entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão

Feitas estas considerações, importa agora estabelecer a distinção entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Inicialmente, cumpre esclarecer que o mandado de injunção destina-se à tutela de direito subjetivo. A ação de inconstitucionalidade por omissão, por outro lado, não está vinculada a nenhum direito subjetivo, visando à defesa da Constituição.

Existe um número restrito de legitimados ativos para propositura da ação de inconstitucionalidade por omissão. Quanto ao mandado de injunção, tanto o sujeito titular do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional, quanto as entidades associativas (organizações sindicais, entidades de classe e associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano), os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e o Ministério Público detêm legitimidade ativa para sua impetração.

Quanto aos objetivos, o mandado de injunção tem por escopo tornar viável o exercício de um direito; já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa tornar efetiva uma norma constitucional, conforme leciona Piovesan (2003, p. 179) “o mandado de injunção tem por finalidade tornar viável o exercício de um direito fundamental no caso concreto, já a inconstitucionalidade por omissão visa conferir efetividade à norma constitucional, atacando a inconstitucionalidade em tese.”

Quanto aos efeitos da decisão, enquanto o provimento que declara a inconstitucionalidade produz efeitos *erga omnes*, o provimento que decide o mandado de produz efeitos apenas *inter partes*.

Por fim, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ao se declarar a inconstitucionalidade, dá-se ciência ao órgão competente para que este adote as providências necessárias de modo a sanar a omissão. No mandado de injunção, por sua vez, é o próprio Poder Judiciário que deverá tornar viável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais destituídos de eficácia em razão da ausência de norma regulamentadora.

4 CONTEÚDO E EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO

4.1 Abordagem Introdutória

Já se salientou alhures que o texto do dispositivo constitucional que instituiu o mandado de injunção não delimita o objeto do *writ* em questão, como também não indica o que Judiciário deveria fazer ao constatar que a fruição de vantagens subjetivas previstas na Constituição encontra-se inviabilizada em decorrência da ausência de edição de norma regulamentadora.

As sentenças, de um modo geral, produzem efeitos entre as partes que compõem a lide, não beneficiando nem prejudicando terceiros, não produzindo, pois, efeitos em relação a terceiros que não foram chamados a juízo na qualidade de litisconsortes, nos termos do Art. 472 do Código de Processo Civil.

Este último capítulo é dedicado à análise do conteúdo e efeitos do provimento que concede o mandado de injunção. Aqui se buscará entender o que o Judiciário poderá conceder ao jurisdicionado quando aprecia o *mandamus* em questão e os limites dos efeitos produzidos por esse provimento.

4.2 A decisão do mandado de injunção e seus efeitos

4.2.1 Considerações preliminares

Várias hipóteses já foram formuladas pela doutrina acerca do conteúdo e efeitos do provimento judicial que concede o mandado de injunção. Regina Quaresma (1995, p. 51), exemplificativamente, propõe uma classificação que considera existirem três correntes doutrinárias acerca do mandado de injunção, por ela denominada de **tese da subsidiariedade**, **tese da independência jurisdicional** e **tese resolutiva**.

Para os defensores da tese resolutiva, ao conceder o mandado de

injunção, a atividade do Judiciário se restringiria a recomendar que o órgão omissor elabore a norma tendente a viabilizar o exercício do direito constitucionalmente consagrado, ou seja, seria instrumento subsidiário da ação de inconstitucionalidade por omissão. A orientação recomendada por esta corrente “esvaziaria a força regulamentadora do mandado de injunção, deixando o cidadão carente de instrumento jurídico que proteja o exercício de direitos, inviabilizados diante da falta regulamentar.” (Quaresma, ob. cit., p. 51).

Os seguidores da tese da independência jurisdicional, por sua vez, entendem que, ao conceder o mandado de injunção, o Judiciário deverá definir como o direito deverá ser exercido e determinar o seu cumprimento, editando uma norma com força de lei. Essa decisão teria natureza declaratória e produziria efeitos *erga omnes*.

Os defensores da tese resolutiva, por último, afirmam que o Judiciário, sem editar norma regulamentadora do preceito, deverá concretizar o direito do impetrante. A decisão ostentaria, pois, caráter condenatório e produziria efeitos apenas entre as partes integrantes da relação processual.

Outra proposta de classificação mandado de injunção, segundo os efeitos do provimento que o decide, é feita por Alexandre de Moraes (2005, p. 158-162), segundo o qual as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema poderiam ser divididas em dois grupos: concretista e não concretista.

Para a posição concretista, a decisão do mandado de injunção teria caráter constitutivo. Através dela, seria declarada a existência da omissão do Poder Público e implementado o exercício do direito, liberdade, ou da prerrogativa constitucional até que seja promovida a regulamentação pelo órgão competente. Essa posição se subdividiria em *concretista geral* e *concretista individual*, conforme se entenda que o provimento produziria efeitos *erga omnes* ou apenas *inter partes*, respectivamente.

A posição concretista individual, por sua vez, se subdividiria em *concretista individual direta*, caso se entenda que, ao conceder o *writ*, o Judiciário

deva, imediatamente, implementar a eficácia da norma constitucional ao autor; e *concretista individual intermediária*, caso se entenda que, antes de fixar as condições necessárias ao exercício do direito do impetrante, deva o Judiciário fixar um prazo para que o Poder Público empreenda a elaboração da norma necessária.

Por fim, existiria a posição não concretista, segundo a qual a finalidade específica do mandado de injunção seria ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público em conferir eficácia à norma constitucional. Sendo assim, caberia ao Judiciário, ao conceder o mandado de injunção, declarar a existência da mora inconstitucional e comunicá-la ao órgão competente a fim de que supra a omissão.

Expostas essas formulações doutrinárias, verifica-se que se pode resumir em três as correntes de pensamento acerca do conteúdo do provimento judicial que decide o mandado de injunção. Para a primeira delas, a decisão nessa espécie de ação seria meramente declaratória, uma vez que teria como finalidade tão-somente declarar a inconstitucionalidade da omissão legislativa e de dar ciência disso ao órgão competente, para as providências necessárias ao suprimento da omissão. Em face dessa comunicação que se faria ao órgão competente, defende-se que a natureza desse provimento seria mandamental.

A segunda corrente, por sua vez, sustenta que o Judiciário deverá remover o obstáculo que impede o exercício do direito constitucionalmente consagrado, viabilizando o seu exercício no caso concreto. Essa solução, ao conferir caráter condenatório à decisão, o que asseguraria a efetividade desse provimento, superaria a fragilidade da solução proposta pela primeira corrente.

Por último, a terceira corrente, à qual se filia José Ignácio Botelho de Mesquita (1990, p. 2.824), proclama competir ao Judiciário suprir a omissão legislativa, seja elaborando a norma faltante ou adotando outra norma, já existente, compatível com a matéria pendente de regulamentação. Essa decisão ostentaria caráter constitutivo, podendo ser adotada com validade limitada à situação concreta ou produzir eficácia *erga omnes*.

4.2.2 O Mandado de injunção como reconhecimento do descumprimento do dever de legislar

Para os defensores dessa tese, ao apreciar o mandado de injunção, caberia ao Judiciário, uma vez constatado que a fruição de direito, liberdade ou prerrogativas constitucionais encontra-se inviabilizado em função da ausência de regulamentação, declarar a existência dessa omissão inconstitucional e comunicá-la ao órgão incumbido da elaboração da norma, a fim de que tome as providências necessárias para suprir a omissão. Regina Quaresma (1995, p. 69) classifica essa posição de teoria da subsidiariedade, que corresponde à posição não concretista, a que alude Alexandre de Moraes (2004, p. 159).

Essa jurisprudência é muito criticada por não atender aos fins da medida constitucional, uma vez que, além de não assegurar direta e imediatamente o direito, liberdade ou prerrogativa do impetrante, não existiria sanção a ser aplicada caso o órgão ou entidade incumbido de editar a norma não a elaborasse. Sobre o inconveniente da inexistência de sanção e sobre a necessidade de se assegurar o exercício dos direitos constitucionais subjetivos, Greco Filho (ob. cit., p. 183-184), afirma que essa ordem dirigida ao poder competente para elaborar a norma faltante

teria o grave inconveniente da duvidosa eficácia da medida por falta de sanção em face de eventual descumprimento da ordem de elaborar a norma. É certo que no caso de inconstitucionalidade por omissão, quando o ato faltante é de um poder, ocorre o mesmo problema, o Supremo limitar-se-á a dar ciência ao poder competente. Em se tratando, porém, de instrumento de garantia de direitos, deve ser repelida interpretação que leve à inutilização do instituto.

Em sua defesa da tese em apreço, todavia, militaria a tese segundo a qual caberia ao Poder Legislativo, no exercício constitucional de sua função precípua, decidir sobre a oportunidade e conveniência de legislar, não sendo possível ao Judiciário obrigá-lo a legislar nem substituí-lo no exercício dessa atividade, sob pena de ofensa ao princípio da separação e harmonia dos poderes, insculpido no artigo 2º da Constituição Federal.

O Ministro Celso Mello, do Supremo Tribunal Federal, perfilhando esse entendimento que recomenda a estrita observância ao princípio da separação dos

poderes, sustenta que o mandado de injunção não se destina a

constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativa que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder. (STF, MI nº 284-3/DF, Diário da Justiça de 26.06.1992, p. 10.103)

O sentença prolatada em mandado de injunção teria, pois, natureza meramente declaratória, posto que o provimento limitar-se-ia a aferir a existência da omissão legislativa que impede o exercício de um direito assegurado pela Constituição e determinar que o legislador empreenda as providências requeridas. Essa decisão, tanto quanto o provimento que decide a ação de inconstitucionalidade por omissão, teria caráter obrigatório ou mandamental, seria uma ordem para que o órgão omissor cumpra seu dever constitucional legislar.

A partir dessa orientação preconizada pelo Supremo, a qual equipara o mandado de injunção à ação de inconstitucionalidade por omissão, passou-se a entender que a decisão proferida no mandado de injunção produziria conseqüências jurídicas idênticas à decisão da ação de inconstitucionalidade por omissão, ou seja, também seria dotada de eficácia *erga omnes*. Nesse sentido, Gilmar Mendes (2004, p. 346), segundo o qual “a decisão proferida no controle abstrato da omissão tem eficácia 'erga omnes', não tendo diferença fundamental da decisão prolatada no mandado de injunção”.

Uma vez admitido que o objetivo do mandado de injunção seja apenas verificar se existe uma omissão inconstitucional, que obsta o exercício de direito constitucional, não se pode negar que essa decisão produzirá efeitos *erga omnes*. E é assim porque a omissão, total ou parcial, existe ou não existe. Não se pode conceber que a omissão em relação à regulamentação de um preceito constitucional, o qual prevê abstratamente um direito ou vantagem a um grupo indeterminado de pessoas, possa existir para inviabilizar o exercício do direito de uma dessas pessoas e, ao mesmo tempo, não existir para as outras. Desse modo, se uma daquelas pessoas obtém do Judiciário, através do mandado de injunção, a declaração de inconstitucionalidade da omissão do Poder Público, não seria mais possível

conhecer novo mandado de injunção, mesmo que ajuizado por outra daquelas pessoas, uma vez que a omissão inconstitucionalidade constituiria questão já decidida no processo anterior.

Essa a única conclusão a que se pode chegar a partir desta tese que atribui à decisão do mandado de injunção natureza meramente declaratória da omissão inconstitucional. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se orienta nesse sentido, conforme decisão prolatada no mandado de injunção nº 284-3/DF, publicado no DJU de 26.06.1992, Relator Ministro Celso Mello, assim ementado:

(...) Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional - único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada - e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 283, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se "prescindível nova comunicação a instituição parlamentar (...).

José Ignácio Botelho de Mesquita (1990, *apud* Eros Grau, MI 712-8/PA, STF, julgado na assentada de 25/10/2007, ainda não publicado no Diário da Justiça) professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sustenta que, no mandado de injunção, a norma formulada supletivamente pelo Judiciário deverá regular não apenas o caso concreto submetido ao tribunal, mas também abranger a totalidade dos casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos, embora entre sujeitos diferentes, uma vez que a

atividade normativa é dominada pelo princípio da isonomia, que exclui a possibilidade de se criarem tantas normas regulamentadoras diferentes quantos sejam os casos concretos submetidos ao mesmo preceito constitucional. Também aqui é preciso ter presente que não cumpre ao tribunal remover um obstáculo que só diga respeito ao caso concreto, mas a todos os casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos.

4.2.3 A decisão do mandado de injunção como outorga do direito

Os defensores dessa corrente lecionam que o conteúdo da decisão do mandado de injunção consiste na outorga direta do direito reclamado. O impetrante busca o direito constitucional em seu favor, independentemente da regulamentação. Nesse sentido, José Afonso da Silva (2003, p. 448), ensina:

O mandado de injunção tem, portanto, por finalidade **realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa**, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. (destaque nosso)

O mandado de injunção seria o instrumento adequado para se obter do Poder Judiciário uma decisão capaz viabilizar o imediato exercício do direito constitucionalmente consagrado. Essa decisão poderia ser fundamentada nos princípios fundamentais da Constituição, nos princípios gerais do direito, nos fins sociais e as exigências do bem comum, nos moldes dos artigos 4º e 5º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil).

Sustentam os defensores dessa doutrina que o provimento mediante o qual o Judiciário concede o mandado de injunção deverá, reconhecendo a existência da omissão legislativa, implementar o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional, criando norma individual para regular apenas o caso concreto, até que sobrevenha a regulamentação do poder competente. Desse modo, o Judiciário não estaria legislando, apenas resolveria o litígio concreto individual, “com a diferença de aplicar uma norma que ainda não está no ordenamento jurídico” (Quaresma, 1995, p. 77). A decisão prolatada, nesse caso, ostentaria caráter condenatório, constitutivo ou declaratório, de acordo com o pedido formulado pelo impetrante.

Com o mesmo entendimento, Clève (2000, p. 376) afirma que no mandado de injunção “o órgão jurisdicional não irá propriamente exercer função normativa genérica, mas, sim, possibilitar ao impetrante, caso mereça procedência a sua pretensão, a fruição do direito não exercitado em face da falta da norma regulamentadora.”

O processualista José Carlos Barbosa Moreira (2001, p. 362-363) é um dos que sustenta que no mandado de injunção se solucionam as questões específicas de cada caso concreto, sem efeitos gerais, prolatando o Judiciário uma decisão individual e provisória, que prevalecerá exclusivamente *inter partes* e apenas enquanto o órgão competente não editar a norma regulamentadora faltante. Segundo esse processualista (Barbosa Moreira, 2001, *apud* Regina Quaresma, 1995, p. 76):

(...) diante da lacuna, cabe ao órgão judicial formular a regra faltante e aplicá-la com alcance duplamente limitado: do ponto de vista subjetivo,

porque os destinatários serão apenas as partes do processo; e do ponto de vista temporal, porque a disciplina assim fixada só prevalecerá enquanto o órgão competente não edite, ele mesmo, a norma regulamentadora, a qual, daí em diante, passará a reger de maneira uniforme todas as situações enquadráveis em seu âmbito de incidência, inclusive as que porventura hajam sido objeto de regulamentação judicial (a título provisório) mediante mandado de injunção.

E esclarece (*idem, ibidem*):

(...) ao conceder o mandado, o órgão judicial não legisla, mas cinge-se a resolver o litígio concreto individual que lhe foi submetido, apenas com a peculiaridade de formular previamente a norma, em vez de restringir-se a aplicar a norma já constante do ordenamento(...)

Assim é que o Judiciário, ao conceder o mandado de injunção, imediatamente deveria provê sobre o exercício do direito subjetivo obstado. Essa é a orientação proposta pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento do MI nº 232-1/RJ, DJU 23.03.1992, sobre a isenção tributária concedida às entidades beneficentes de assistência, nos termos do parágrafo 7º do artigo 195 da Constituição Federal. Em seu voto, o Ministro sustenta que

(...) o mandado de injunção tem, no tocante ao provimento judicial, efeitos concretos, beneficiando apenas a parte envolvida, a impetrante.

E conclui estabelecendo a forma como se daria o exercício do direito:

Peço vênha para, no caso, entender que o mandado de injunção tem um desfecho concreto, não implica simplesmente em uma vitória de Pirro para o Impetrante. **O mandado de injunção deve viabilizar o exercício de direito previsto na Carta.**

Com isso, concluo pelo acolhimento do pedido e estabeleço os requisitos que poderão vir a ser substituídos por uma outra legislação específica, tomando de empréstimo o que se contém no CTN quanto à imunidade relativa aos tributos e que beneficia as entidades mencionadas no § 7º do artigo 195 da Carta. (destaque nosso)

Para que a decisão do Judiciário, prolatada no mandado de injunção, possa tornar viável o exercício dos direitos constitucionais dependentes de regulamentação infraconstitucional, compete ao órgão jurisdicional analisar cada caso concreto a fim de verificar se o autor é realmente titular do direito consagrado no preceito, bem como se estaria caracterizada a omissão inconstitucional. Daí porque, em observância ao princípio do devido processo legal, que a todos réus assegura o contraditório e a ampla defesa, essa decisão tão-somente terá o condão de produzir eficácia entre as partes integrantes da relação processual.

4.2.4 O mandado de injunção como resultado na criação de uma norma geral

Uma outra orientação, pouca aceita na doutrina, admite que o Judiciário poderia implementar o exercício do direito constitucional mediante uma normatividade geral, elaborando uma regra geral, aplicável a todos os casos até que seja suprida a omissão pelo poder competente. Essa orientação corresponde à teoria da independência jurisdicional, da classificação proposta por Regina Quaresma, e à posição concretista geral proposta por Alexandre de Moraes.

Muitas objeções são feitas a essa orientação. Argumenta-se que o Judiciário não poderia criar a norma legal faltante, substituindo a atividade do órgão competente, não só porque descaberia ao Judiciário fazer normas gerais (legislar), já que isso implicaria em violação ao princípio da separação dos poderes, mas sobretudo, porque o disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal não autoriza que essa atividade seja por ele desempenhada. Além do mais, a instituição do mandado de injunção visaria à tutela de direitos constitucionais subjetivos e não à defesa da ordem constitucional em geral, daí porque não estaria o Judiciário autorizado a elaborar norma geral e abstrata.

Além de não se compatibilizar com o princípio da separação dos poderes, a elaboração de norma geral pelo Judiciário, mesmo que se trate de norma provisória, afrontaria o princípio democrático, já que os juízes não são titulares de mandatos outorgados pelo povo, como também afrontaria o princípio da reserva legal, posto que ninguém seria obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, consoante inciso II do artigo 5º da Constituição Federal.

Ademais, a elaboração de uma norma geral não se compatibilizaria com a finalidade do mandado de injunção, que outra não é senão a tutela de direito subjetivo, *in concreto*. Com base nessa assertiva, Piovesan (2003, p. 149) ensina que

“...não seria razoável que o Poder Judiciário elaborasse norma geral e abstrata, quando da apreciação de um caso concreto, cujo pedido é a restauração de direito subjetivo violado. Não condiz com a finalidade de um instrumento de tutela de direito subjetivo, o intuito de sanear vícios da ordem jurídica, ou seja, do direito objetivo.”

Há quem entenda, todavia, que o Supremo Tribunal Federal poderia, em situações excepcionais, atuar como legislador positivo, sem que isso implique uma função legislativa substancialmente criativa de nova lei. Segundo Luchi Demo (2006, p. 38), nessas situações excepcionais o Supremo apenas “extraí a vontade hipotética da Constituição ou a solução constitucionalmente vinculante, isto é, trata-se de atividade legislativa vinculada ao poder de conformação limitado pelo gizamento constitucional estabelecido para a matéria”

4.3 O entendimento do Supremo Tribunal Federal

A jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal prestigia a tese acolhida pela primeira corrente, segundo a qual a finalidade do mandado de injunção seria obter do Judiciário declaração afirmando a inconstitucionalidade da omissão legislativa e de dar ciência disso ao órgão competente, para as providências necessárias ao suprimento da omissão. Desse modo, equipara o mandado de injunção à ação de inconstitucionalidade por omissão.

Nossa Corte Suprema entende que, se for o Estado a pessoa obrigada cumprir o direito constitucional invocado pelo impetrante, a decisão proferida no *writ* também poderá determinar a suspensão dos processos administrativos e judiciais dos quais possa advir dano que impetrante não sofreria se não existisse a omissão inconstitucional. Essa a orientação adotada a partir do julgamento do mandado de injunção 107-QO/DF, publicado no Diário da Justiça de 31.10.1990, Relator o Ministro Moreira Alves, *in verbis*:

Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a 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 se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional.

Apesar das críticas dirigidas a essa posição, que em nada contribui para

efetividade do direito constitucional previsto na norma de eficácia limitada, face a impossibilidade de obrigar o Poder Público a legislar, essa jurisprudência firmou-se no Supremo Tribunal Federal, havendo vários acórdãos dando procedência ao mandado de injunção exclusivamente para reconhecer a mora e determinar a comunicação dessa mora ao órgão omissor, dentre os quais se pode citar o MI nº 485-4/MT, publicado no DJ 23.08.2002, sobre o direito de greve do servidor público, Relator o Ministro Maurício Corrêa, cujo voto foi acolhido para

tendo em vista o reconhecimento do estado de mora do Congresso Nacional na efetivação da prestação legislativa, conheço em parte o mandado de injunção e o defiro nesta parte. Em consequência, determino seja expedida a respectiva comunicação ao Poder Legislativo, a fim de que adote as medidas necessárias ao suprimento da omissão apontada.

Mas, em algumas situações, o Supremo já se afastou dessa orientação. A primeira, no julgamento do MI 283, DJ 14.11.1991, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, sobre o direito à reparação econômica assegurado aos 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, assegurado nos termos do art. 8º, parágrafo 3º do ADCT, prestigiou a tese segundo a qual, ao apreciar o *writ* injuncional, caberia ao Judiciário viabilizar o exercício do direito constitucionalmente assegurado, editando norma individual para disciplinar o caso concreto, até que sobrevenha regulamentação do poder competente.

No caso em tela, o Tribunal, reconhecendo que houve descumprimento do prazo constitucionalmente estabelecido para edição da norma regulamentadora do direito assegurado no parágrafo 3º do artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estipulou o prazo de sessenta dias para que fosse ultimado o processo legislativo da lei reclamada, sob pena de assegurar ao impetrante a satisfação do direito à reparação constitucional devida, sem prejuízo dos benefícios da lei ulterior, nos pontos em que lhe for mais favorável, que venha disciplinar o exercício desse direito.

Entendeu a Corte Suprema que, se o sujeito passivo do direito constitucional cujo exercício se encontra inviável for igualmente o órgão responsável pela mora legislativa que inviabiliza o exercício desse direito, caberá ao Judiciário

acautelar o impetrante contra eventual descumprimento da ordem mandamental, facultando-lhe, quando possível, a satisfação provisória do direito.

Com esse provimento, porém, apenas foi fixada a norma a ser aplicada para solucionar o caso concreto. Obtida a norma, caberia ao impetrante recorrer à via jurisdicional ordinária a fim de obter contra a União a liquidação da indenização. Explicita a ementa do acórdão:

Ementa: Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite – não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contém o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par. 3. - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" – vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.

Posteriormente, no julgamento do mandado de injunção nº 284-3/DF, DJ de 26.06.1992, p. 10.103, que também discorreu sobre a regulamentação do direito previsto no parágrafo 3º do artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais

Transitórias, o Supremo Tribunal Federal, considerando desnecessário realizar nova comunicação ao Congresso Nacional sobre a mora legislativa, assegurou imediatamente aos impetrantes a possibilidade de ajuizarem a ação objetivando reparação econômica constitucionalmente assegurada, ressaltando que

Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional - único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada - e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 283, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se "prescindível nova comunicação a instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, "desde logo", a possibilidade de ajuizarem, "imediatamente", nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório.

Em decisão mais recente, do ano de 2003, ao decidir o mandado de injunção nº 562-9/RS, Diário da Justiça de 20.06.2003, p. 58, sobre a mesma matéria, o Supremo Tribunal proferiu decisão semelhante à prolatada no MI nº 284-3/DF, Diário da Justiça de 26.06.1992, p. 10.103, com a diferença de haver definido que o exercício da ação de reparação patrimonial deveria ser veiculada mediante ação de liquidação, posto que os fatos constitutivos do direito já estariam certos, *verbis*:

Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO. ARTIGO 8º, § 3º DO ADCT. DIREITO À REPARAÇÃO ECONÔMICA AOS CIDADÃOS ALCANÇADOS PELAS PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. MORA LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL. 1 - Na marcha do delineamento pretoriano do instituto do Mandado de Injunção, assentou este Supremo Tribunal que "a mera superação dos prazos constitucionalmente assinalados é bastante para qualificar, como omissão juridicamente relevante, a inércia estatal, apta a ensejar, como ordinário efeito consequencial, o reconhecimento, "hic et nunc", de uma situação de inatividade inconstitucional." (MI 543, voto do Ministro Celso de Mello, in DJ 24.05.2002). Logo, desnecessária a renovação de notificação ao órgão legislativo que, no caso, não apenas incidiu objetivamente na omissão do dever de legislar, passado quase quatorze anos da promulgação da regra que lhe criava tal obrigação, mas que, também, já foi anteriormente cientificado por esta Corte, como resultado da decisão de outros mandados de injunção. 2 - Neste mesmo precedente, acolheu esta Corte proposição do eminente Ministro Nelson Jobim, e assegurou "aos impetrantes o imediato exercício do direito a esta indenização, nos termos do direito comum e assegurado pelo § 3º do art. 8º do ADCT, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, para a fixação do valor da indenização. 3 - Reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em editar a norma prevista no parágrafo 3º do art. 8º do ADCT, assegurando-se, aos impetrantes, o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de que se venham, no futuro, a beneficiar de tudo quanto, na lei a ser editada, lhes possa ser mais favorável que o disposto na decisão judicial. **O pleito deverá ser veiculado diretamente mediante ação de liquidação, dando-se como certos os fatos constitutivos do direito, limitada, portanto, a**

atividade judicial à fixação do "quantum" devido. 4 - Mandado de injunção deferido em parte. (destaque nosso)

No mandado de injunção nº 232-1/RJ, DJU 23.03.1992, DJ de 27.03.1992, também foi adotada essa orientação, tendo sido acolhida tese proposta pelo Relator Ministro Moreira Alves, que deferia o pedido, em parte, apenas para fixar o prazo de seis meses para que o Congresso Nacional adotasse as providências legislativas necessárias, cumprindo a obrigação de legislar decorrente do artigo 195, parágrafo 7º, da Constituição, sob pena de “vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida”.

Recentemente, no dia 25.10.2007, o Supremo Tribunal Federal encerrou o julgamento de três mandados de injunção impetrados pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP, processos, 670/ES, 708/DF e 712/PA, respectivamente, em que se pretendia fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal.

No julgamento desses processos, partindo-se da idéia de que os princípios constitucionais exigem a concretização dos direitos previstos na Carta Magna, o que ensejaria o reconhecimento da possibilidade de controle judicial tanto sobre a atividade do legislador, como nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo, foi acolhida a tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, relator do mandado de injunção 708/DF, que sustentava a adoção de uma sentença de perfil aditivo. Sentenças aditivas, segundo Edilson Pereira Nobre Júnior (2006, p. 121), são

as decisões que, num questionamento sobre a constitucionalidade de ato normativo, acolhe a impugnação, sem invalidá-lo. Em vez de aportar-se na drástica eliminação da norma jurídica, esta é mantida com o adicionamento ao seu conteúdo de uma regulação que faltava para lastrear a concordância daquela à Constituição.

Ao reconhecer a existência de omissão inconstitucional, como ocorre no mandado de injunção, a Corte Suprema deverá produzir uma decisão que viabilize a concretização dos direitos previstos na Constituição. Sendo assim, como é possível

ao Supremo, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, assumir a posição de legislador negativo, impedindo a incidência de tais dispositivos incompatíveis com a Carta Magna, também poderá, ao decidir o mandado de injunção ou a ação de inconstitucionalidade da omissão, atuar como legislador positivo, prolatando uma sentença aditiva, mediante a qual amplie o sentido da lei impugnada ou, como no caso em apreço, aplicando a solução que seria constitucionalmente obrigatória, qual seja, conferindo eficácia plena ao preceito constitucional.

Isso não implica admitir que o Supremo possa exercer função legislativa em situações genéricas, mas, excepcionalmente, poderia atuar como legislador positivo sem que isso implique uma função legislativa substancialmente criadora da lei. Sustentando essa tese, Luchi Demo (2006, p.38), afirma que

(...) o STF pode atuar em situações excepcionais como legislador positivo, sem que isso implique uma função legislativa substancialmente criativa *ex nihil*, pois que apenas extrai a *vontade hipotética da Constituição* ou a *solução constitucionalmente vinculante*, isto é, trata-se de atividade legislativa vinculada ao poder de conformação limitado pelo gizamento constitucional estabelecido para a matéria.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, concedeu tais mandados de injunção determinando que se aplique Lei nº 7.783/1989 para regular o direito de greve dos servidores públicos, enquanto esse direito não for devidamente regulamentado por lei específica. Com as decisões prolatadas nesses mandados de injunção não se assegurou apenas o direito de greve dos associados dos sindicatos impetrantes, mas de todos os servidores públicos, ou seja, tais decisões produzirão eficácia *erga omnes*.

De acordo com o entendimento de Mendes (2004, p. 345-346), as decisões prolatadas nos processos de mandado de injunção, por estarem no âmbito do controle de constitucionalidade, produziriam eficácia *erga omnes*, uma vez que o Supremo já teria deixado assente, MI 107-3/DF, DJ de 02.08.1991, que

(...) de sua competência para apreciar a omissão do legislador, no mandado de injunção, decorria, igualmente, a faculdade de determinar a suspensão dos processos administrativos ou judiciais e de suspender determinadas medidas ou atos administrativos. Poder-se-ia assegurar, assim, ao impetrante a possibilidade de ser beneficiado pela norma que viesse a ser editada.

(...) a simples constatação de que a decisão proferida nesse processo tem caráter obrigatório para os órgãos legiferantes não legitima, necessariamente, outras conseqüências jurídicas consideradas pelo órgão como simples consectário desse caráter obrigatório, tais como a obrigação de suspender os processos que tramitam perante autoridades administrativas ou Tribunais. Esses efeitos somente se mostram compreensíveis em face da suposição de que a decisão proferida no controle abstrato da omissão, por se tratar de um processo objetivo, deve ser dotada de eficácia *erga omnes*.

No julgamento desses três mandados de injunção sobre o direito de greve, pela primeira vez, o Supremo Tribunal Federal admitiu que poderia atuar como legislador positivo, excepcionalmente, emitindo comandos normativos (provisórios, uma vez que só produziram efeitos até que fosse editada a norma pelo órgão competente) para suprir as omissões do legislador que negam eficácia aos preceitos constitucionais.

4.4 Coisa julgada no mandado de injunção

A coisa julgada material consiste na eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não sujeita a recurso, nos termos do artigo 467 do Código de Processo Civil. A imutabilidade dos efeitos produzidos pela sentença meritória proferida no mandado de injunção alcança apenas as partes integrantes da relação processual.

Para Meirelles (*op. cit.*, p. 265), a decisão proferida no mandado de injunção faz coisa julgada somente entre as partes, não havendo possibilidade de seus efeitos serem estendidos a casos análogos, uma vez que o Judiciário não estaria autorizado a legislar, mas “tão-somente decidir o caso concreto que lhe é submetido a julgamento, para dar efetividade ao preceito constitucional a ser assegurado pelo mandado de injunção.”

Por outro lado, Greco Filho (*ob. cit.*, p. 185) sustenta que a sentença que concede o mandado de injunção sempre será normativa, daí porque produziria coisa julgada *erga omnes*, aduzindo

Como a conclusão do mandado de injunção será normativa, pode surgir posteriormente o problema de que alguém, considerando-se em situação idêntica, não veja reconhecido o seu direito. Nesse caso, como a norma já está elaborada, não será, mais, o caso de outro mandado de injunção, mas

sim da ação cabível contra quem se recusa ao cumprimento da norma. Essa ação poderá ser uma reclamação trabalhista, um mandado de segurança se se tratar de órgão do Poder Público ou outro instrumento processual adequado, como em qualquer hipótese de recusa ao cumprimento da lei.

As decisões proferidas nos mandados de injunção dão ensejo ao surgimento de uma coisa julgada *sui generis*. Isso ocorre porque a coisa julgada só produzirá seus efeitos até que seja editada a norma regulamentadora, a qual substituirá a decisão prolatada no mandado de injunção.

Com base nas decisões proferidas nos mandados de injunção citados, essa substituição somente não ocorrerá se a norma do mandado de injunção for mais benéfica do que a norma regulamentadora ou se já tiver proporcionado o pleno exercício do direito subjetivo.

4.5 Reflexões conclusivas

Ao término deste capítulo, pode-se assinalar que o provimento judicial que concede o mandado de injunção poderá consistir no mero reconhecimento do descumprimento do dever constitucional de legislar, na outorga do direito subjetivo reclamado ou na elaboração de uma norma geral para viabilizar o exercício do direito constitucional subjetivo.

Na primeira hipótese, ostentando caráter meramente declaratório, o provimento produzirá efeitos *erga omnes*, tal qual sucede com a decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Na segunda alternativa, o provimento poderá ostentar caráter declaratório, constitutivo ou condenatório, de acordo com pedido formulado pelo impetrante, produzindo efeitos apenas entre as partes integrantes da relação processual. Na terceira hipótese, por último, o provimento ostentará caráter de norma geral e abstrata, produzindo, pois, eficácia *erga omnes*.

Observou-se, por fim, que a coisa julgada no mandado de injunção produz efeitos apenas até que seja elaborada a norma pelo órgão ou Poder competente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parece conveniente que se encerre este trabalho monográfico sobre mandado de injunção com uma síntese do que foi exposto nos itens precedentes, a fim de facilitar a concatenação das idéias e a compreensão dos conteúdos e dos efeitos do provimento judicial mediante o qual se concede o *writ* injuncional.

É possível que o constituinte, em preceitos aos quais não tenha atribuído eficácia plena, outorgue direitos subjetivos aos indivíduos, reservando ao legislador infraconstitucional a missão de tornar tais preceitos plenamente eficazes, mediante regulamentação específica ulterior. O legislador infraconstitucional terá o dever de empreender a atividade legislativa destinada a conferir eficácia a esses preceitos constitucionais, prestigiando o texto constitucional, o qual consagra os princípios fundamentais do Estado de Direito.

O não cumprimento desse dever constitucional de legislar se configura em uma postura incompatível com a Constituição, uma omissão inconstitucional. Essa inconstitucionalidade por omissão, tal qual a inconstitucionalidade por ação, também se submete ao controle jurisdicional. Tanto que nossa Constituição Federal de 1988 introduziu no ordenamento jurídico pátrio a ação de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, institutos destinados, respectivamente, à tutela da ordem jurídica constitucional (objetivamente) e dos direitos subjetivos constitucionais contra as omissões do legislador.

O controle jurisdicional da inconstitucionalidade pode se efetivar sob a forma difusa ou concentrada. O controle difuso pode ser realizado por todas as instâncias do Judiciário, incidentalmente, produzindo efeitos apenas *inter partes*. O controle concentrado, por sua vez, deferido exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, é realizado objetivamente, não estando associado a qualquer postulação de lesão a direito subjetivo. A finalidade do controle concentrado é a defesa, abstratamente, da ordem constitucional e o provimento que o decide produz eficácia *erga omnes*.

O mandado de injunção foi instituído para tutela dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de tais direitos. Em face de o preceito constitucional que instituiu o *writ* em questão não haver definido o que pode alcançar através dele, sua finalidade ainda é controvertida. Compreende-se, não obstante a posição segundo a qual sua finalidade seria apenas o reconhecimento da inconstitucionalidade da omissão, que a finalidade do *mandamus* é viabilizar o exercício do direito constitucional, *lato sensu*, obstado pela falta da normatividade necessária.

Quanto aos aspectos procedimentais, constatou-se ser o mandado de injunção instrumento auto-aplicável, independentemente de legislação específica para discipliná-lo, aplicando-se, no que couber, as normas relativas ao mandado de segurança.

Verificou-se que, ao longo dos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal limitou sobremaneira o alcance do mandado de injunção. O Supremo firmou o entendimento segundo o qual o provimento que decide o mandado de injunção teria natureza mandamental, constituindo-se em uma ordem dirigida ao Poder Público a quem seja imputada a omissão inconstitucional dando-lhe ciência da declaração daquela omissão, a fim de que adote as providências necessárias. Porém, em face de não impôr nenhuma sanção caso descumprida essa ordem, nada acontecia caso persistisse a omissão.

Percebeu-se que, em face da supremacia da Constituição, revela-se essencial atuar com o intuito de impedir o desprestígio da Constituição, não apenas expurgando do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais, mas também suprindo as omissões que inviabilizam a eficácia de preceitos constitucionais.

Admitindo-se, inclusive, que o Supremo Tribunal Federal, em situações especiais, atue como legislador positivo, solucionando um caso concreto através de um provimento (sentença aditiva), de caráter normativo, em que interpreta a vontade hipotética da Constituição, que deverá ser observada por todos, ou seja, com eficácia *erga omnes*. Em suma, admite-se que o Judiciário, ao conceder o mandado

de injunção elabore uma norma geral capaz de conferir plena eficácia ao preceito constitucional. Essa norma geral editada pelo Judiciário, no entanto, somente se prestará para assegurar o exercício do direito até que seja elaborada a norma pelo poder competente.

Apesar das diversas posições sobre o tema, a solução que se mostra como mais adequada para decidir o mandado de injunção será aquela que viabilize, direta e imediatamente, o exercício do direito constitucional dependente de regulamentação, devendo produzir efeitos tão-somente entre os sujeitos que participaram do processo, observados os princípios do devido processo legal.

Anotou-se que a coisa julgada formada no mandado de injunção possui caráter *sui generis*, só produzindo seus peculiares efeitos até que sobrevenha a norma regulamentadora a ser elaborada pelo Poder Público competente. Tratando-se, pois, de uma exceção à regra imutabilidade da coisa julgada.

Por fim, constatou-se que, em face das modéstias dimensões com que o Supremo Tribunal Federal interpretava o mandado de injunção, nenhuma utilidade prática teve o instituto nos últimos anos. A partir do julgamento dos citados mandados de injunção sobre o direito de greve dos servidores públicos, talvez o mandado de injunção passe realmente a servir como meio de efetivação dos direitos constitucionais ou, pelo menos, sirva para instigar o Poder Público, que tantas vezes se mantém omissivo diante dos anseios sociais, a cumprir as atribuições que lhe são peculiares no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKEL FILHO, Diomar. **Mandado de Injunção**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 77, n. 628, fev. 1988.
- ARISTÓTELES. **Política**. In: **Os Pensadores**. São Paulo : Nova Cultural, 2000.
- BARBI, Celso Agrícola. **Mandado de Injunção**. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Coord.). **Mandado de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Direito aplicado (acórdãos e votos)**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- Brasil. STF – Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência**. Disponível em “<http://www.stf.gov.br>”. Acesso em 31.10.2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, vol. I, 10ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1992.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 23ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

LUCHI DEMO, Roberto Luís. **As “Medidas Provisórias” do Poder Judiciário**. Revista CEJ, Brasília, nº 35, p-35-39, 2006.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999.

MALDONADO, Maurílio. **Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento do Estado Brasileiro**. Brasília: Biblioteca virtual do Superior Tribunal de Justiça, 2007. Disponível em “<http://www.stj.gov.br>”. Acesso em: 07.12.2007.

MAZZEI, Rodrigo. **Mandado de Injunção**. In: *Ações Constitucionais*. 2ª edição. Organizador *Fredie Didier Jr.* Salvador: Jus PODIVM, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e “habeas data”**. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Projeto de Lei n. 4.679, de 1990**. Diário do Congresso Nacional. Distrito Federal, 1990. (17.04.1990).

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo : Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Sentenças aditivas e o mito do legislador**

positivo. Revista de informação legislativa. Brasília, ano 43, nº 170, p. 111-141, abr./jun., 2006.

PACHECO, José da Silva. **Mandado de segurança e outras ações constitucionais**. São Paulo: Ed. RT, 2003.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, "Habeas Data" - Constituição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Separação do poderes no conceito atual**. Jornal O POVO: Ceará, 2007. (22.10.2007).

SIDOU, J. M. Othon. **"Habeas corpus", mandado de segurança, mandado de injunção, "habeas data", ação popular (As garantias ativas dos direitos coletivos)**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.