MANDADO DE INJUNÇÃO E AS DECISÕES DO STF

Imar Augusto

Bacharel em Direito – FAMEC

RESUMO

O presente trabalho trata do instituto do Mandado de Injunção sob a ótica das recentes decisões tomadas pelo STF. Procura-se, inicialmente, desenvolver os aspectos históricos, procedimentais e conceituais do instituto, assim como seus efeitos. Diante dos fundamentos colacionados, denota-se a existência de duas posições diferentes quanto aos efeitos, concentrados nas correntes não-concretista e concretista, sendo esta última a adotada pelo STF, dividindo-se a sua análise em uma interpretação concretista geral e uma interpretação concretista individual.

Palavras-chave: Mandado de injunção. Direito constitucional. Supremo Tribunal Federal.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto do Mandado de Injunção, especialmente no que tange aos efeitos das decisões mais recentes tomadas pelo STF.

O mandado de injunção encontra-se fundamentado no art. 5º, LXXI, da CF, embora, tal instrumento não possua lei que regulamente suas questões procedimentais ampara-se na legislação para o procedimento do mandado de segurança que está previsto do art. 24, parágrafo único, da lei 8.038/90, a qual regula o processo perante os Tribunais Superiores.

A Constituição apresenta um rol de direitos, garantias, e um enumerado de regras que possibilitam a aplicação destes direitos que nem sempre são respeitados.

Assim, o mandado de injunção torna-se dessa forma um meio ao alcance do cidadão na busca dos direitos e garantias fundamentais previstas constitucionalmente, mas não regulamentadas pelo órgão competente.

2 HISTÓRIA E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Desde o nascimento do constitucionalismo acontecimentos históricos interferiram diretamente na evolução do Estado atual, especialmente por ter ocorrido neste ínterim a Revolução Francesa e mais recentemente duas grandes Guerras Mundiais, transformando assim o Estado em verdadeiro protetor da sociedade, apresentando constituições que contenham objetos e elementos para garantias de direitos de seus componentes.

Esses movimentos históricos acabaram por desenlaçar sucessivamente uma cadeia de direitos, denominados de gerações de direitos, iniciando com os direitos de liberdade e seguidamente pelos direitos sociais e, por fim, com os direitos difusos.

2.1 A ATUAL CONSTITUIÇÃO E OS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

A partir do cenário posto foi promulgada a atual Constituição Federal, denominada de Cidadã, e que trouxe em seu texto proteção efetiva para oferecer aos cidadãos vários direitos e garantias a fim de se alcançar uma sociedade mais democrática e justa.

Nesse contexto constitucional o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança, a ação popular e o mandado de injunção são denominados remédios constitucionais, isto é, recursos à disposição dos cidadãos que procuram solucionar, corrigir ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais.

Dentre os remédios constitucionais previstos na Atual Constituição, o mandado de injunção é um instrumento posto para controlar a constitucionalidade a partir de uma omissão do Estado, ao contrário dos demais remédios que fundamentam na lei já existente para garantia dos direitos.

2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Assim, no contexto da República Federativa do Brasil constituída nos moldes da Carta atual, encontra-se inscrito um novo direito ao alcance dos indivíduos, qual seja o Mandado de Injunção, o qual trata de instrumento constitucional inovador no ordenamento jurídico brasileiro.

A doutrina e a jurisprudência de diversos países se dedicam muito ao fenômeno da mora relacionado ao dever de legislar e, por isso, procuram soluções múltiplas para os problemas teóricos e práticos que o tema levanta.

Da Silva (2007, p. 448), discorre sobre a origem do mandado de injunção, o qual teria seu primeiro aparecimento na Inglaterra:

O mandado de injunção é um instituo que se originou na Inglaterra, no séc. XIV, como essencial remédio da *Equity*. Nasceu, pois, do *Juízo de Equidade*. Ou seja, é um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando *falta a norma legal (statutes)* regulando a espécie e quando a *Common Law* não oferece proteção suficiente. A equidade, no sentido inglês do termo (sistema de estimativa social para a formulação da regra jurídica para o caso concreto), assenta-se na valoração judicial dos elementos do caso e dos princípios de justiça material, segundo a pauta de valores sociais, e assim emite a decisão fundada não no justo legal mas no *justo natural*. Na *injunction* inglesa como no mandado de injunção do art. 5º, LXXI, o juízo de equidade não é inteiramente desligado de pautas jurídicas. Não tem o juiz inglês da *Equity* o arbítrio de criar norma de agir *ex nihil*, pois se orienta por pauta de valores jurídicos existentes na sociedade (princípios gerais de direito, costumes, *convention* etc.). E o juiz brasileiro também não terá o arbítrio de criar regras próprias, pois terá em primeiro lugar que se ater à pauta que lhe dá o ordenamento constitucional, os princípios gerais do direito, os valores jurídicos que permeiam o sentir social, enfim, os vetores do justo natural que se auffer no viver social, na índole do povo, no evolver histórico. Aí é que seu critério estimativo fundamenta sua decisão na falta de regulamentação do direito, liberdade ou prerrogativas objeto da proteção do mandado de injunção.

Não obstante a origem do mandado de injunção ter ocorrido na Inglaterra, é no direito norte-americano que historicamente se constata aplicação de instrumento semelhante ao apresentado no direito pátrio, conforme, ainda, leciona Da Silva:

(...) Mas a fonte mais próxima deste é o *writ of injunciton* do direito norte-americano, onde cada vez mais tem aplicação na proteção dos direitos da pessoa humana, para impedir, p. ex., violações de liberdade de associação e de palavra, da liberdade religiosa e contra denegação de igual oportunidade de educação por razões puramente raciais, tendo-se estabelecido mediante julgamento favorável de uma *injunction* (caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 1954) o direito de estudantes negros à educação em escolas não segregadas; a Emenda 14 da Constituição norte-americana confere várias franquias inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, pois a proteção desses direitos e franquias tem sido crescentemente objeto de *injunction*, tal como agora se reconhece no Direito Constitucional pátrio. (2007, p. 448)

Alguns instrumentos semelhantes utilizados na busca de ter efetivado o direito sem que haja antecipadamente a previsão legal para tanto, desde que haja a previsão legal é encontrado no direito Alemão e Austríaco, conforme apresenta Miranda:

Na Alemanha e na Áustria, apesar de não existir norma constitucional expressa que institua a fiscalização quanto à omissão de legislar, os respectivos Tribunais Constitucionais têm conseguido chegar a resultados semelhantes, por meio de técnicas apuradas de interpretação e integração: a partir da apreciação da inconstitucionalidade por ação. (1997, p. 512-513)

Mendes (1999, p. 259), finca suas observações afirmando que em países com origem no direito anglo-saxônico o instrumento de garantia é muito mais abrangente do que em nosso direito:

Referida ação, no direito anglo – saxônico, tem objetivos muito mais amplos que no nosso, pois que na Inglaterra e nos Estados Unidos, o mesmo presta-se a solucionar questões de Direito Público e Privado, sendo considerado um dos remédios extraordinários.

O mandado de injunção foi influenciado pelo direito anglo – saxônico, porém no campo deste instituto no Brasil não é tão amplo quanto o utilizado naquele sistema normativo.

No Brasil, a concreta efetividade do mandado de injunção aparece efetivamente a partir da Constituição de 1988, entretanto, conforme Silveira:

A Constituição de 1988 foi elaborada em meio a um momento altamente conturbado na história do Brasil, com o fim da ditadura militar, ecoava um grito por uma constituição mais justa e humanitária. Dessa forma, a Constituição de 1988 foi a que trouxe a maior gama de direitos sociais e liberdades da história das constituições brasileiras, passando a ser conhecida como a “Constituição cidadã”.

O constituinte da nova Constituição teve a preocupação de criar meios para conferir a eficácia ao texto constitucional. Essa preocupação nasceu quando o Senador Virgílio Távora, alertado para o não cumprimento do dever do estado para com a educação, sugere que esteja contida na nova Constituição meios de reprimir a inconstitucionalidade por omissão.

Dessa forma, o mandado de injunção nasce condicionado à realidade histórica, que era o fim de uma ditadura militar, para harmonizar o ser e o dever ser. (2006, p. 8)

O mandado de injunção foi uma evolução no constitucionalismo mundial, pois este é ímpar, não conhecendo igual em outros países, não obstante a existência de outro controle de constitucionalidade, que difere do mandado de injunção pela eficácia da sentença e pela legitimidade para impetração, qual seja a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, essa já prevista em Constituições anteriores.

2.3 CONCEITO E FUNDAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

A previsão do Mandado de injunção encontra-se na CRFB/88, em art. 5º, inciso LXXI e este representa um instrumento de viabilidade de aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

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

O §1º, do art. 5º da CF apresenta o fundamento para a previsão do referido instrumento, pois determina que as normas definidoras de direitos e garantias previstas nesta Constituição são de aplicação imediata:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

“Dessa forma o mandado de injunção surge para ‘curar’ uma “doença” denominada de “síndrome da inefetividade” das normas constitucionais, vale dizer normas constitucionais que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional.

Mandado de Injunção é instrumento jurídico posto à disposição do cidadão ou de uma pessoa jurídica, como meio de assegurar, coletiva ou individualmente, o exercício de um direito declarado pela Constituição, todavia ainda pendente de norma infraconstitucional regulamentadora.

No entanto, não cabe mandado de injunção quando o direito não for garantido pela Constituição; contra lei infraconstitucional; quando a omissão for suprida por projeto de lei ainda não aprovado pelo Congresso Nacional; ou quando houver norma regulamentadora, ainda que omissa.

A declaração de existência da omissão caracteriza a mora a favor do impetrante, sendo ordenado ao Legislativo que a conserte, sem procedimento ou prazo para regularização.

⁵⁴ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 6, n. 1, p. 50-67, jan./jun. 2012.

Não é admitido liminar nessa ação porque se tem que esperar a resposta do órgão julgador em dizer se existe a omissão ou não quanto à norma.

O mandado de injunção é declaratório e mandamental. Declaratório porque reconhece a omissão e mandamental porque o julgador manda a quem tem competência legislar sobre o assunto.

Por fim, Batista (2008, p. 2) sintetiza afirmando que o mandado de injunção é instrumento de controle difuso de constitucionalidade

Havendo omissão dos órgãos competentes para a elaboração das normas regulamentadoras dos preceitos constitucionais cuja eficácia deles depende, viabiliza-se a utilização do remédio constitucional denominado de mandado de injunção ou da ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo tribunal Federal. O mandado de injunção é instrumento de controle difuso de constitucionalidade.

Apreciados os pontos relativos ao histórico das constituições, dos remédios constitucionais e principalmente do mandado de injunção e, ainda, conhecendo seu fundamento e suas características, passa-se a análise de questões processuais a respeito do instrumento constitucional.

3 PROCEDIMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

A Constituição Federal e, especialmente, as legislações infraconstitucionais foram omissas quanto à natureza jurídica do mandado de injunção, bem como o procedimento no qual deveria ser processado, no entanto, utilizando-se de legislação subsidiária e entendimento doutrinário e jurisprudencial pode se desvendar as questões referentes ao processo do referido remédio.

A lei 8.038/90, que regulamenta os procedimentos perante o STJ e o STF, em seu art. 24, parágrafo único dispõe que, enquanto não houver previsão legal que regule o mandado de injunção, será utilizada a legislação processual em vigor e mais especificamente as normas que regulam o mandado de segurança:

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.

Não obstante tal previsão legal verifica-se que é a doutrina e a jurisprudência quem, na maioria das vezes, trazem questões relevantes a respeito do mandado de injunção.

3.1 QUESTÕES PROCESSUAIS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Dentre as questões de maior relevância para o interesse processual, há de se ressaltar a necessidade de se conhecer a natureza jurídica do mandado de injunção, os pressupostos processuais, além dos previstos na legislação processual civil, as partes que compõem o processo, a competência para apreciação e julgamento e impetração de recurso, dentre outros pontos, não sendo analisados aqui pormenores processuais, pois, como visto acima, a lei 8.038/90 prevê que deve a lei que regula o mandado de segurança suprir a lacuna.

3.1.1 Natureza jurídica

A doutrina entende que a natureza do mandado de injunção, além de constitutiva é também mandamental, inclusive, pela ordem determinada pela nomenclatura do instrumento.

Nesse sentido de dupla natureza do mandado de injunção, Oliveira (2001, p. 277) leciona:

Os efeitos da decisão concessiva do Mandado de Injunção são, em princípio, constitutivos, já que o que se pretende, através do uso dessa garantia constitucional processual especial, é a aplicação da norma constitucional definidora de um direito constitucional, regulamentando-a especificamente para um caso concreto. Em outras palavras, a regulação do exercício de um direito constitucional, em face de uma situação jurídica concreta. Mas a decisão concessiva não poderá somente regular para o caso concreto a norma constitucional. Deverá, também, ordenar ao impetrado que se submeta à normativa estabelecida, a fim de que seja efetivamente garantido o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucionais do impetrante. Com isso, não haveria como deixar de reconhecer, também, seus efeitos mandamentais

Silveira (2006, p. 8), por outro lado, apresenta duas correntes que divergem a respeito da natureza jurídica das normas, reconhecendo, inclusive, que a corrente majoritária ao entender apenas a natureza declaratória da decisão, é redundante ao afirmar que é omissa

⁵⁶ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 6, n. 1, p. 50-67, jan./jun. 2012.

aquilo que desde o início já se sabia que era omissivo, pois, este é o cerne da impetração do mandado de injunção:

A natureza jurídica do mandado de injunção é outro ponto controvertido na doutrina, sendo possível visualizar duas correntes:

A primeira corrente entende que o mandado de injunção possui natureza constitutiva, pois viabilizará o direito do indivíduo, dando meios para seu exercício. Esta corrente que se entende a mais acertada, não foi recepcionada pelo Supremo, contudo deve-se observar que o direito pátrio confere ao Poder Judiciário a competência para o preenchimento das lacunas na lei, provocando a completude do sistema jurídico. Artigo 4º da Lei de Introdução ao Código civil que estabelece: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direitos”.

A segunda corrente é a adotada pela doutrina e jurisprudência dominante, também merece críticas, pois aceitar tal posição é simplesmente dizer que a Constituição criou dois institutos idênticos, com a mesma finalidade. Uma decisão que declara omissivo o que todos já sabiam que era omissivo, não possui valor algum, O STF adotou o entendimento de que essa corrente é a que mais se ajusta ao texto constitucional, entendendo também, que é impossível fixar um prazo para que a lei seja regulamentada, tendo em vista o princípio da separação dos poderes e autonomia dos poderes.

Por outro lado, Queiroz (1988, p. 2101-211) apresenta inúmeras naturezas para o mandado de injunção:

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

Oportunamente, ver-se-á que o STF em julgados tem entendido que a natureza jurídica pode divergir de acordo com os efeitos que a decisão possa ser tomada, ou seja, ter efeitos meramente declaratórios ou, ainda, constituir em direito o impetrante.

3.1.2 Legitimidade

A legitimidade ativa está para ser utilizada por qualquer pessoa cujo exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional esteja sendo inviabilizado em virtude de falta de norma.

É de se ressaltar que não só os brasileiros podem interpor o mandado de injunção, mas também o estrangeiro residente no País o podem, conforme lição de Dantas (1994, p. 78):

Da leitura do artigo 5º (*caput*) da Constituição Federal, verifica-se que, no Mandado de Injunção, partes ou sujeitos ativos, são os brasileiros e os estrangeiros residentes no País, aos quais são assegurados os direitos individuais e coletivos assegurados nos vários incisos do supracitado artigo.

Já o Sujeito Passivo só poderá ser legitimado a entidade estatal, pois somente ente público poderá ser cobrado sobre a produção de provimentos normativos, logo, não pode ser réu a pessoa jurídica de direito privado, nem, tão pouco, o particular, pois não têm o poder – dever de editar normas.

A respeito, leciona Dantas (1994, p.79)

Sob a perspectiva de *sujeitos passivos*, serão estes as pessoas, entidades ou órgãos que, por ação ou omissão, impossibilitem o “exercício de direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Há de se ressaltar, ainda, a necessidade de participação do Ministério Público, podendo, ainda, outros interessados comparecerem ao processo, desde que tenham legitimidade para atuar como litisconsórcio nos termos da legislação processual.

3.1.3 Requisitos do mandado de injunção

Um dos principais requisitos para a impetração do mandado de injunção, como antes visto, diz respeito à mora do legislador, ou seja, a falta de regulamentação de direito ou garantia prevista no texto constitucional:

A jurisprudência do STJ apresenta a necessidade de um direito constitucional para tornar-se cabível o mandado de injunção.

MANDADO DE INJUNÇÃO - DIREITO CONSTITUCIONAL DA PESSOA FISICA OU JURIDICA DEPENDENTE DE NORMA REGULAMENTADORA - INEXISTENCIA. A INEXISTENCIA DE UM DIREITO CONSTITUCIONAL DA IMPETRANTE, DEPENDENTE DE NORMA REGULAMENTADORA PARA SER DEFERIDO TORNA INCABIVEL O MANDADO DE INJUNÇÃO. DENEGAÇÃO DO PEDIDO. (MI 102-5 / DF, Min. Relator GARCIA VIEIRA, publicado no DJ 12/12/1994 p. 34300)

Pode-se afirmar que mais especificamente são pressupostos básicos para se propor mandado de injunção:

- a) Uma norma constitucional de eficácia limitada, prescrevendo direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;
- b) A falta de norma regulamentadora, tornando inviável o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas acima mencionadas decorrentes da omissão do Poder Público.

Diferentemente dos demais instrumentos de controle de constitucionalidade, os quais visam à defesa objetiva da Constituição Federal, o mandado de injunção visa garantir os direitos subjetivos, com esse fundamento, o STF vem flexibilizando tal norma constitucional, entendendo cabível o mandado de injunção para quaisquer direitos e liberdades constitucionais, adotando assim uma interpretação extensiva, conforme se verifica do MI 361, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence (2004).

Mandado de Injunção: admissibilidade, por aplicação analógica do art. 5º, LXX, da Constituição; Legitimidade, no caso, entidade sindical de pequenas e médias empresas, as quais, notoriamente dependentes do crédito bancário, tem interesse comum na eficácia do art. 192, par. 3º, da Constituição, que fixou limites aos juros reais.

Enfim, o mandado de injunção surge para “curar” uma “doença” denominada de “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”, vale dizer normas constitucionais que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional.

3.1.4 Da competência

No que se refere à competência do STF, o artigo 102, § 1º, alínea q da Constituição Federal prevê:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
(...)

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

Já no tocante à competência do STJ a previsão constitucional encontra-se no art. 105, I, h', da CF:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

h) 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;

Será originariamente competente o Superior Tribunal de Justiça para o julgamento do mandado de injunção, quando a edição da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuando os casos de competência do STF, da justiça do Trabalho, da justiça Militar, da Justiça federal e da justiça eleitoral.

As Justiças Estaduais também tem competência para julgar o mandado de injunção na forma prevista nas Constituições estaduais, conforme preceitua o art. 125, 1º da CF.

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

As Justiças Estaduais tem a competência para julgar o mandado de injunção quando a edição da norma regulamentadora for atribuição de Vereadores, de sua Mesa Diretora, do Prefeito ou de autarquia ou fundação criada pelo município.

3.1.4.1 Da Competência para julgamento dos recursos

Para o caso em apreço, o artigo 102, II, 'a' da Constituição Federal prevê que ao STF cabe o julgamento de decisão denegatória em mandado de injunção decidido nos Tribunais Superiores:

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

II - julgar, em recurso ordinário:

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

Assim, em se tratando de recurso ordinário de tribunais superiores a competência é do STF e, também será competente o STF para o julgamento do mandado de injunção, quando decidido em única instância pelo STJ ou ainda, em grau de recurso Extraordinário, quando a decisão proferida em sede de mandado de injunção contrariar a Constituição Federal.

4 O MANDADO DE INJUNÇÃO E O STF

A Atual Constituição Federal trouxe a previsão que, na falta do exercício legislativo, o Poder Judiciário, através de alguns instrumentos previstos na própria Constituição, desde que havendo iniciativa, deveria atuar com o objetivo de sanar as lacunas deixadas pelo Poder Legislativo, entretanto, não previu o Constituinte originário que tais instrumentos fossem utilizados reiteradamente para suprir tais espaços, motivo pelo qual, as decisões proferidas a partir da impetração do Mandado de Injunção têm, inclusive, inovado no ordenamento jurídico, situação esta analisada a seguir.

4.1 CONTROLE DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

Quando a Constituição Federal determina que seja elaborada uma lei, norma jurídica ou ato normativo a fim de regulamentar um direito, e essa regulamentação não existe, ocorre as denominadas omissões inconstitucionais, chamada também pela doutrina de Síndrome de inefetividade.

Essa falta de norma que impede o exercício do direito pleno, podendo, destarte, ser atacada por ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) ou por mandado de injunção (art. 5º, LXXI), conforme previsão na Constituição Federal.

4.1.1 Mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Diversas são as diferenças existentes entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade, além da legitimidade para impetração da ação que nesta última encontra um *numerus clausus* previsto na própria Constituição, a principal distinção entre ambas encontra-se no alcance da decisão, pois, enquanto, em tese, na ação direta de inconstitucionalidade o efeito não alcança o direito concreto entre as partes, mas atinge a todos, no mandado de injunção a decisão deveria ter efeitos concretos para as partes.

Outra diferença ocorrida na prática das decisões tomadas na ação direta de inconstitucionalidade por omissão decorre do previsto na lei 9.868/99, em seu art. 27, ou seja, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade por omissão, situação que apesar de ter sido prevista após a promulgação da atual Carta Constitucional, já era defendida por alguns doutrinadores e na jurisprudência referente ao controle difuso, sendo efetivamente concretizado ao controle concentrado com o advento da citada lei que dispõe:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Já no mandado de injunção, ao contrário, tendo em vista que o procedimento é regido pela lei que rege o mandado de segurança, como dantes visto, não há qualquer previsão para modulação dos efeitos da sentença.

Não obstante tal situação divergente nos procedimentos verifica-se que na prática o mandado de injunção tem se aproximado muito da ação direta de inconstitucionalidade, no que se refere aos efeitos da decisão, conforme se verá a seguir.

4.2 DA DECISÃO PROFERIDA NO MANDADO DE INJUNÇÃO

A decisão proferida no mandado de injunção tem encontrado na doutrina e na jurisprudência grande divergência, uma vez que o instrumento da injunção pela omissão assemelha-se a outros institutos de controle de constitucionalidade encontrado no

⁶² Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 6, n. 1, p. 50-67, jan./jun. 2012.

ordenamento pátrio, contudo, é com o mandado de injunção que o cidadão tem buscado a aplicação de suas garantias constitucionais não regulamentadas infraconstitucionalmente.

Esta posição de divergência nas decisões do Supremo Tribunal Federal começa a ser constatada a partir do julgamento do mandado de injunção MI – 107/DF, relatado pelo Ministro Moreira Alves, o qual entende que a decisão é auto-aplicável e que não depende de norma jurídica regulamentadora.

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE SUA AUTOAPLICABILIDADE, OU NÃO. – EM FACE DOS TEXTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL RELATIVO AO MANDADO DE INJUNÇÃO, E ELE AÇÃO OUTRGADA 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 DE CIENCIA DESSA DECLARAÇÃO, PARA QUE ADOTE AS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS, A SEMELHANÇA DO QUE OCORRE COM A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ARTIGO 103, PAR – 2., DA CARTA MAGNA), E DE QUE SE DETERMINE, 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. – ASSIM FIXADA A NATUREZA DESSE MANDADO, E ELE, NO AMBITO DA COMPETENCIA DESTA CORTE – QUE ESTA DEVIDAMENTE DEFINIDA PELO ARTIGO 102, I, “Q” -, AUTOEXECUTÁVEL, UMA VEZ QUE O REGULAMENTO, INCLUSIVE QUANTO AO PROCEDIMENTO, APLICAVEL QUE LHE É ANALÓGICAMENTE O PROCEDIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA NO QUE LHE COUBER. QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE NO SENTIDO DA AUTOAPLICABILIDADE NO MANDADO DE INJUNÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Fundamentando a tese a autoexecutoriedade da decisão proferida no mandado de injunção, o Min. Carlos Velloso em voto vista no MI 107, julgado no ano de 1990, aprofunda-se na tese que determina a necessidade de dar aos efeitos das decisões eficácia na execução, alcançando as partes em lide e não apenas declarando a omissão existente.

Sustento a tese no sentido do caráter substancial do mandado de injunção, pelo que faz o mesmo as vezes da norma infraconstitucional ausente e integrará o direito ineficaz, ineficaz em razão da ausência da norma regulamentadora, à ordem jurídica. Quer dizer mediante o mandado de injunção, o juiz cria, para o caso concreto, a norma viabilizadora do exercício do direito, ou, como ensina Celso Barbi, adota “uma medida capaz de proteger o direito reclamado”, solução que se põe de “acordo com a função tradicional da sentença, que é resolver o caso concreto levado ao

Poder Judiciário, mas limitando a eficácia apenas a esse caso, sem pretender usurpar funções próprias de outro poderes.’

Por outro lado, no MI 168-5 RS, o Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado no ano de 1992, entende tratar-se de decisão declaratória a proferida no mandado de injunção.

O mandado de injunção, assentou o Tribunal, é “a ação outorgada ao titular do direito, garantia ou prerrogativa 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 (STF, MI)

Verifica-se que durante um longo período os julgados do STF em mandados de injunção não trazem uma homogeneidade, decidindo vezes apenas pela obrigação de dar ciência ao Poder Legislativo, em respeito ao princípio da separação dos poderes, e decidindo outras vezes pela auto-executoriedade da decisão proferida, para que o impetrante tenha de imediato a possibilidade de exercício do direito garantido constitucionalmente.

4.2.1 Efeitos do mandado de injunção e a nova posição do STF

Como já discorrido, os efeitos da decisão proferida no mandado de injunção, na prática diferem das decisões nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, trazendo a doutrina e especialmente o STF, em suma, duas posições quantos aos efeitos do mandado de injunção: uma denominada de posição não-concretista, adotada até 2007 pelo STF, e outra denominada de concretista, a qual é atualmente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

No que tange à corrente não-concretista, até então aplicada nas decisões do Supremo Tribunal Federal, o Judiciário reconhecia a existência da mora legislativa e apenas comunicava tal omissão ao Poder Legislativo, a fim de que este suprisse a omissão e elaborasse a competente lei, sem que houvesse, contudo, a resolução do caso para a parte impetrante.

A posição concretista, atualmente adotada pelo guardião maior da Constituição, é dividida em corrente concretista geral e corrente concretista individual e essa por sua vez é subdividida pelas correntes concretista individual direta e intermediária.

⁶⁴ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 6, n. 1, p. 50-67, jan./jun. 2012.

No que diz respeito à corrente concretista individual direta o Judiciário, reconhecendo a mora legislativa decide, desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção prevendo a respeito do exercício do direito constitucionalmente previsto.

Já referente à corrente concretista individual intermediária, defende-se a ideia de que primeiramente o Judiciário deve comunicar ao Poder Legislativo, ou outro órgão que deva regulamentar a garantia constitucional, a respeito da omissão, para que este, exercitando sua competência faça a lei. Num segundo momento, se o órgão ao qual a ordem foi dirigida a não fazer a lei ou o regulamento, conforme prazo determinado na decisão, o Judiciário, tomando conhecimento da reclamação da parte da não solução quanto à omissão, regulamentará a respeito do direito para o caso concreto.

Doravante, parece ser a corrente concretista individual intermediária, ou seja, a decisão do Supremo Tribunal Federal visa dar ciência ao órgão da omissão legislativa, fixando prazo para que este solucione tal omissão, tornando-se a decisão, entretanto, auto-executável, se assim o Poder Legislativo não atuar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mandado de injunção é um dos instrumentos constitucionais que visa garantir com os demais a íntegra aplicação dos direitos previstos na Carta Magna do Estado, entretanto, é o único instrumento posto a disposição do indivíduo que possibilita a este a busca de uma garantia constitucionalizada, porém, sem uma regulamentação que a torne viável, efetiva.

Nesse contexto surgiu na atual Constituição este instrumento com o mencionado objetivo, entretanto, nos primeiros momentos de sua utilização, constatou-se que ele também não iria efetivar as garantias previstas na Constituição, mas apenas seria um instrumento onde o Poder Judiciário poderia notificar o outro Poder que não desse efetividade a garantia, a fim de que a fizesse posteriormente.

Assim, sendo uma das principais preocupações atuais, a de que o Estado consiga ofertar aos seus indivíduos uma segurança jurídica pretendida pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro, instrumentos, como o mandado de injunção são cada vez mais utilizados para se obter tal finalidade.

Com o aumento dos processos que buscavam suprir a lacuna de omissão legislativa, também surgiram decisões que pretendiam dar um mínimo de efetividade ao direito buscado, pois, na prática de nada adiantava uma decisão que apenas informava ao órgão inadimplente

de seu ato, para que este viesse a realizá-la, situação que motivou as primeiras decisões judiciais que deram efetividade ao direito constitucionalizado, ainda que não regulamentado.

Surgiram, ainda, novas decisões nas quais a própria sentença que decreta a omissão, possibilitava ao impetrante que executasse de imediato, a fim de alcançar os efeitos pretendidos e garantidos na Constituição.

Em paralelo as decisões proferidas, com entendimentos divergentes, alguns juristas apresentaram teorias diferentes a respeito da matéria.

Em conclusão, a partir dos divergentes entendimentos no mandado de injunção e da abstrativização no controle difuso, acrescidos a modulação dos efeitos da decisão em ambos os modelos de controle, surge em contrapartida ao fundamento da segurança jurídica que fundamenta toda a variação, a nosso ver, uma verdadeira insegurança no sistema como um todo.

REFERÊNCIAS

BATISTA, J. T. da S.. **A nova configuração do Mandado de Injunção**, 2008. <www.iuspedia.com.br>, acessado em: 23 de fevereiro de 2012.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL 1988, artigo 5º, inciso LXXI

DANTAS, Ivo. **Mandado de Injunção: guia teórico e prático**. 2º Edição revisada. Rio de Janeiro, AIDE, 1994.

MANDADO DE INJUNÇÃO 107, STF, Ministro Carlos Veloso 1990.

MANDADO DE INJUNÇÃO 168-5/RS, Relator Sepúlveda Pertence 1992.

MANDADO DE INJUNÇÃO 361, STF, Ministro Sepúlveda Pertence 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001;

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

SILVEIRA, M. dos S.. **Abordagem Crítica do Mandado de Injunção**. Brasília: IESB, 2006.

ABSTRACT

This paper deals with the Injunctive Writ from the perspective of recent decisions by the Brazilian Supreme Court. Initially, the work develops the historical, conceptual and procedural view of the Injunctive Writ, as well as its effects. Considering the guidelines

⁶⁶ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 6, n. 1, p. 50-67, jan./jun. 2012.

collated, it is possible accept the existence of two different positions about the Injunctive Writ's effects, the non-concrete and the concrete schools. The latter is adopted by the Brazilian Supreme Court, being divided its analysis into a general concrete interpretation and an individual concrete interpretation.