



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA-UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS-CCJ
Curso de Direito**

MANDADO DE INJUNÇÃO: EVOLUÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Priscila Maia Barreto
Matrícula nº 0812784

Fortaleza-CE
Maio, 2013

PRISCILA MAIA BARRETO

**MANDADO DE INJUNÇÃO: EVOLUÇÃO NA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação de conteúdo do Professor Francisco Lisboa Rodrigues e orientação metodológica da Professora Simone Trindade da Cunha.

Fortaleza-Ceará
2013

PRISCILA MAIA BARRETO

MANDADO DE INJUNÇÃO: EVOLUÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de bacharel em Direito, em conformidade com os atos normativos do MEC, regulamentada pela Res. n° R028/99, da Universidade de Fortaleza.

Fortaleza (CE), 10 de maio de 2013.

Francisco Lisboa Rodrigues, Ms.
Prof. orientador da Universidade de Fortaleza

Croaci Aguiar, Esp.
Prof. examinador da Universidade de Fortaleza

Helton Heládio C L Sales, Esp.
Prof. examinador da Universidade de Fortaleza

Simone Trindade da Cunha, Dra.
Profa. Orientadora de Metodologia

Profa. Núbia Maria Garcia Bastos, Ms.
Supervisora de Monografia

Coordenação do Curso de Direito

Aos meus pais,
que me proporcionaram mais essa conquista.

Aos meus familiares e amigos que me
incentivaram neste trabalho científico.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Francisco Rodrigues Lisboa, pela aceitação da tarefa de orientação e pelo apoio prestado na realização deste trabalho.

À professora Simone Trindade da Cunha, pela imensa colaboração no desenvolvimento metodológico que deu forma a este trabalho.

À Universidade de Fortaleza (UNIFOR), pelo amplo acesso à educação, cultura e justiça, contribuindo para uma completa formação profissional, superando desigualdades e construindo uma sociedade mais justa e solidária.

Quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se as que lá existem são executadas, pois boas leis há em toda parte.
Montesquieu

RESUMO

A pesquisa tem como objetivo analisar o instituto do mandado de injunção e a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. No Brasil, o mandado de injunção surgiu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, porém ele já era conhecido em outros países. O mandado de injunção visa extirpar do ordenamento jurídico qualquer ausência legislativa que impeça os indivíduos de usufruírem seus direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais. O controle de constitucionalidade incide sobre as omissões inconstitucionais, que ocorrem quando o legislador se omite, nascendo a lacuna legislativa. Assim, existem dispositivos na Constituição Federal que não conseguem produzir seus efeitos, por faltar uma norma infraconstitucional que as regule. Caso o poder público competente não o faça, o indivíduo prejudicado poderá ingressar com o mandado de injunção no Poder Judiciário. A doutrina e a jurisprudência ainda divergem sobre o alcance e efeitos de sua decisão. Há um enfoque na evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, ficando ultrapassada sua postura mais conservadora e não concretista, para que prevaleçam decisões mais concretistas e efetivas, garantindo assim, a efetivação dos direitos constitucionais.

Palavras-chave: Mandado de injunção. Omissão inconstitucional. Controle de Constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 O MANDADO DE INJUNÇÃO	12
1.1 Conceito	12
1.2 Origem	14
1.3 Direito comparado	15
1.3.1 Direito Americano.....	15
1.3.2 Direito Inglês.....	16
1.3.3 Direito Alemão.....	16
1.3.4 Direito Francês.....	17
1.3.5 Direito Português.....	17
1.4 Pressupostos	18
1.5 Finalidade	19
1.6 Da ação	20
2 DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL	23
2.1 Efetividade das normas constitucionais.....	23
2.1.1 Influência da Doutrina Estrangeira.....	23
2.1.2 No Direito Brasileiro.....	25
2.2 Omissão Inconstitucional	27
3 DA DECISÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO	32
3.1 Decisão do Mandado de Injunção na doutrina	32
3.2 Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	35
3.2.1 Posição Não Concretista.....	36
3.2.2 Posição Concretista.....	37
3.2.2.1 Casos Emblemáticos.....	40
4 INOVAÇÃO LEGISLATIVA: LEI 13.300/2016	46
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS	52

APÊNDICE.....	57
---------------	----

INTRODUÇÃO

Na Constituição Federal foram estipulados diversos direitos e garantias para serem usufruídos pelos indivíduos. No entanto, existem normas constitucionais que não conseguem produzir todos seus efeitos, são as chamadas normas de eficácia limitada. Essas normas precisam que uma lei infraconstitucional as regule para que possam ter eficácia total. Só assim poderão produzir todos os seus efeitos.

Acontece que no cenário atual, existem diversos direitos que estão pendentes de regulamentação, ocasionando assim, prejuízo aos administrados, pois eles ficam impossibilitados de gozarem esses direitos. Caso ocorra uma omissão legislativa que traga prejuízo aos indivíduos, a Constituição Federal traz a ação constitucional intitulada de mandado de injunção, que visa precipuamente afastar a inércia legislativa e garantir aos indivíduos seus direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais.

É função precípua do Poder Legislativo a criação de normas, no entanto, por vezes, esse órgão se mantém inerte e não legisla. Nasce então, a inconstitucionalidade legislativa. Inconstitucionalidade é uma contraposição à Constituição Federal. Se há um comando na Constituição para que um órgão legisle, este deverá fazê-lo, sob pena de caracterizar uma inconstitucionalidade legislativa por omissão. Caso o Poder Público mantenha-se inativo, surgirá a possibilidade para o titular de direito constitucional buscar a concretização do direito, ainda que pendente de lei regulamentadora. Diante disso, buscar-se-á, pois, desenvolver pesquisa monográfica que responda aos seguintes questionamentos:

1 O que é o instituto do mandado de injunção?

2 Como o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado acerca do julgamento desta ação?

A justificativa para esse trabalho é a evolução no entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o mandado de injunção. Por ser um assunto que sofreu grandes alterações no decorrer dos anos, é essencial o estudo de todo o seu instituto e de como a mais alta Corte do país tem se posicionado acerca do instituto em destaque. A análise do mandado de injunção traz à tona tema como a efetivação dos direitos constitucionais, objetivando garantir o bem estar de todos. Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal vem alterando seu

entendimento e adotando uma postura mais concretista, em busca da efetivação dos direitos constitucionais. Caso a Corte Maior não atue desta forma, a inércia do Poder Legislativo atingirá milhares de brasileiros que estarão impedidos de usufruírem de seus direitos. Diante deste cenário, em que os indivíduos estão sendo abruptamente prejudicados, revela-se a importância do controle de constitucionalidade por omissão e de seus mecanismos, como o mandado de injunção.

Temos, então, como objetivo geral analisar o estudo do mandado de injunção, mas, sobretudo, a evolução da orientação do Supremo Tribunal Federal ao julgar essas ações, com base em fundamentos doutrinários, legislativos e jurisprudenciais.

A metodologia a ser utilizada basear-se-á em estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica dos doutrinadores: José Afonso da Silva, André Ramos Tavares, Sérgio Reginaldo Bacha, Rachel Bruno Anastacio, Roberto Augusto Catellanos Pfeiffer, Ingo Wolfgang Sarlet, entre outros. Quanto à abordagem é qualitativa, mediante contato direto ou interativo com a situação de estudo. Quanto aos objetivos é descritiva, posto que buscará definir, explicar e esclarecer o problema apresentado.

No primeiro capítulo será feita uma análise sobre o mandado de injunção, acerca de sua definição, origem, direito comparado, pressupostos, finalidade e o estudo da referida ação. Assim, surge na Constituição Federal de 1988, o instituto do mandado de injunção, que é o mecanismo que irá afastar a ausência de lei regulamentadora, e tem o objetivo de garantir a máxima efetividade dos direitos e liberdades fundamentais de todos. Então, quando houver ausência de norma regulamentadora, de modo a tornar impossível o exercício de direito e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, poderá ser impetrado o mandado de injunção no Poder Judiciário.

No segundo capítulo será abordado o tema relativo à eficácia das normas constitucionais e à omissão legislativa inconstitucional. Todas as normas constitucionais possuem eficácia, mesmo que mínima. No entanto, existem normas que para alcançarem a sua total produção de efeitos, é imprescindível a edição de uma lei regulamentadora. Essas são as chamadas normas de eficácia limitada. Até que essa lei ulterior seja criada, a aplicação da norma é inviável, não podendo os titulares desses direitos usufruí-los.

No terceiro capítulo desta pesquisa será analisada a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da decisão do mandado de injunção. Até o ano de 2007, o

Supremo Tribunal Federal julgava os mandados de injunção adotando uma posição mais conservadora, pois apenas declarava formalmente a ausência da legislação regulamentadora. Porém, o mecanismo estava se tornando ineficaz, pois esse tipo de decisão era meramente declaratória e não tinha o condão de obrigar o Poder Público a editar a norma faltante. Com isso, o órgão legislador não obedecia à decisão do Supremo Tribunal Federal, e mantinha-se inerte.

No quarto capítulo serão feitas considerações sobre a nova lei do mandado de injunção.

Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal, com sua nova composição de ministros, alterou seu entendimento em relação às decisões no mandado de injunção. Sua nova postura é dirigida à concretização da Constituição, buscando a total efetividade dos direitos constitucionais.

1 O MANDADO DE INJUNÇÃO

Neste capítulo, pretende-se examinar os conceitos essenciais para a compreensão do remédio constitucional conhecido por mandado de injunção, iniciando-se pelo estudo conceitual do instituto, sua origem histórica, seus requisitos essenciais, sua finalidade precípua e o órgão competente para o julgamento da ação.

1.1 Conceito

O mandado de injunção é um mecanismo de garantia da eficácia da Constituição Federal. É o remédio constitucional que visa preservar a máxima efetividade dos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos. O mandado de injunção tem previsão na Constituição Federal de 1988, cuja redação dispõe que o referido instrumento poderá ser utilizado quando houver ausência de norma regulamentadora de modo a tornar inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como o exercício de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, conforme preleciona o art. 5º, LXXI, da CRFB/88: “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.”

Assim, o mandado de injunção é uma das novidades trazidas pela Constituição Federal de 1988, sendo cabível sempre que a falta de norma reguladora dificulte ou torne impossível o exercício de direitos constitucionais. A Constituição Federal de 1988 trouxe esse mecanismo para garantir a eficácia das normas constitucionais. Consoante José Afonso da Silva (2010, p. 448):

O mandado de injunção constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua finalidade principal consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se, neste quadrante, como um instrumento de realização prática do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

A Constituição Federal dispõe que as normas que definem direitos e garantias fundamentais deverão ser de eficácia imediata, em razão da sua relevância ao ordenamento jurídico. Assim, dispõe o art. 5º, § 1º da Carta Magna:

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.

Quando se verifica a inexistência ou omissão de lei, que inviabiliza a plenitude da eficácia de direitos e garantias assegurados pela Constituição, o Poder Judiciário será acionado por meio do exercício do direito de petição, através da ação de mandado de injunção, para que recomende ao Poder competente que edite a norma que irá conferir eficácia total aqueles direitos.

O fundamento legal do mandado de injunção se encontra na Lei 8.038/90. Essa norma disciplina normas procedimentais em relação aos processos ajuizados perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. O parágrafo único do artigo 24 desta lei dispõe que, no mandado de injunção serão observadas, no que couberem, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica. Por muito tempo não havia uma lei que regulamentasse o mandado de injunção. Dessa forma, era aplicada por analogia a lei 12.016/2009, que se refere à Lei do Mandado de Segurança. Para extirpar essa lacuna, foi criada a lei 13.300/2016 que regula o procedimento do mandado de injunção.

Gilmar Mendes (2012, p. 495) lembra que o mandado de injunção é um instrumento do processo constitucional voltado para a defesa de direitos subjetivos em face de omissão do legislador ou de outro órgão incumbido do poder regulatório. André Ramos Tavares (2010, p. 1007) assinala que:

O mandado de injunção é uma ação judicial, de berço constitucional, com caráter especial, que objetiva combater a morosidade do Poder Público em sua função legislativa-regulamentadora, entendida em sentido amplo, para que viabilize, assim, o exercício concreto de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionalmente previstos.

Desta forma, o mandando de injunção é um remédio constitucional que objetiva proteger os interesses dos indivíduos. Os remédios constitucionais, que estão previstos no art. 5º da Carta Magna, buscam proteger os cidadãos dos avanços do Estado sobre a pessoa, que tem como consequência a ocorrência de lesão ou ameaça a direitos.

1.2 Origem

O mandado de injunção surgiu da necessidade, no Estado Contemporâneo, de existir um instrumento capaz de afastar as omissões inconstitucionais. Diverge a doutrina acerca da origem

do mandado de injunção, principalmente no que concerne sobre sua fonte inspiradora, ou seja, a forma que este remédio constitucional surgiu para o Direito. Conforme ensina Alexandre de Moraes (2012, p. 178), há certa dissonância entre alguns doutrinadores a respeito da origem do mandado de injunção. É considerado um assunto controvertido entre os doutrinadores. Segundo ele,

alguns doutrinadores apontam a sua origem no writ of injunction do Direito norte-americano, que representa um remédio utilizado, frequentemente, com base na chamada jurisdição de equidade, aplicando-o sempre quando a norma legal se mostra insuficiente ou incompleta para solucionar, com justiça, determinado caso concreto. Por outro lado, outros doutrinadores apontam raízes do mandado de injunção nos instrumentos existentes no velho Direito português, com a única finalidade de advertência do Poder competente omissis. (MORAES, 2012, p.178)

A origem do mandado de injunção é duvidosa, gerando diversas correntes. Alguns doutrinadores asseveram que o referido instituto tem influência anglo-americana, outros que sua origem é tipicamente brasileira e, outros entendem que houve forte influência do direito português. Rachel Bruno Anastácio (2003, p. 3) dispõe que:

Pelo fato de não possuir precedentes no direito constitucional brasileiro, surgiram basicamente três entendimentos doutrinários acerca da origem do tema sob exame: os que sustentam ser o instituto uma recepção do direito anglo-americano; uma criação ou singularidade do direito brasileiro, e, ainda, resultado de influência do direito português, variante da ação de inconstitucionalidade por omissão alemã.

O mandado de injunção pode ser considerado um instituto novo, pois surgiu no ordenamento pátrio brasileiro apenas com a Constituição Federal de 1988. Com isso, razão assiste a Roberto Pfeiffer (1999, p. 31) ao assinalar que o mandado de injunção da Constituição de 1988 é instituto tipicamente nacional, sendo as semelhanças com outros institutos de Direito estrangeiro insuficientes para destes pretender decorrer o *writ* brasileiro em sua específica formação.

J. J. Gomes Canotilho (1993, p. 367), ao analisar sobre as perspectivas do mandado de injunção e da inconstitucionalidade por omissão, observa que:

Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vazar moldes normativos regras atuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o 'rochedo de bronze' da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará seus objetivos.

Na criação da Constituição Federal de 1988, através da Assembleia Constituinte, já havia a preocupação de tentar afastar a inércia legislativa. O Anteprojeto de Constituição elaborado pela Comissão Afonso Arinos previa mecanismo que pudesse assegurar a produção de efeitos de todo o texto constitucional, tentando sanar omissões inconstitucionais e o fenômeno da ineficácia das normas constitucionais.

1.3 Direito Comparado

Independente da corrente doutrinária que se aborde quanto à origem do mandado de injunção, sabe-se que esse instituto nunca fora ventilado no ordenamento jurídico brasileiro, até a Carta Cidadã de 1988. Por essa razão, é interessante analisar o mandando de injunção na visão de outros países.

1.3.1 Direito Americano

Com relação ao Direito Americano, este deu alguns passos para garantir direitos que não estivessem previstos na lei, no entanto seria necessária a produção de provas para comprovar o prejuízo ou injustiça ao impetrante. Rachel Bruno Anastacio (2003, p. 14-15) ensina que,

introduzido por volta de 1870 nos EUA, preservando seu caráter de equidade, o writ of injunction foi, inicialmente, uma medida utilizada para defender direitos subjetivos, mas, não obstante tenha se iniciado no campo do direito privado, foi ampliado gradualmente seu campo de atuação para abraçar também questões de direito público. [...] Sendo a injunção uma ordem judicial que pode ser expedida por qualquer tribunal, dependendo apenas da consciência do magistrado, caso se convença de sua necessidade. Além disso, tal remédio extraordinário serve para qualquer pessoa reivindicar direitos que não estejam previsto na lei, devendo o impetrante, para que tal se dê, produzir provas, que podem abranger até mesmo o perigo de prejuízo ou injustiça.

Assim, o mandando de injunção no direito americano possuía ampla extensão, pois ficava a cargo do magistrado, em qualquer instância, decidir sobre o provimento de um direito subjetivo que não detinha eficácia plena.

1.3.2 Direito Inglês

O direito inglês obedece um sistema não codificado, pois a lei é não escrita. A Constituição Inglesa tem como fundamento decisões jurisprudenciais, sendo assim, se trata de

uma constituição costumeira ou consuetudinária. O direito inglês é um direito judiciário, pois é resultado das decisões dos juízes e tribunais. José Afonso da Silva (1989, p. 9-52) assinala que:

A Equity fundamenta a outorga de direito mediante a atuação discricionária de um juízo especial, tanto na falta de regulamentação quanto na ausência de proteção satisfatória por parte do sistema da Common Law, do direito da pessoa. Tendo em vista que se baseia na valoração judiciária do caso para que dela advenha uma decisão pautada em valores jurídicos sempre atrelados aos princípios gerais do direito, aos costumes, às tradições etc., pode-se afirmar que consiste numa decisão pela qual o juiz constrói uma norma para a proteção de um direito. É, então, um direito criado pelo juiz a fim de satisfazer dispositivos constitucionais não regulamentados, assemelhando-se, em muito, ao mandando de injunção brasileiro.

No direito inglês, o direito postulado pelos cidadãos era decidido pelo juiz, que analisaria o caso, e de forma discricionária, julga o caso concreto, em que ocorra a falta de regulamentação ou uma proteção insatisfatória aos indivíduos. Como o direito inglês é consuetudinário, o juiz irá fundamentar sua decisão nos costumes, tradições, valores daquele povo e nos princípios.

1.3.3 Direito Alemão

Com relação ao direito alemão, pode-se observar que já existia um mecanismo para evitar atos omissivos das autoridades, pois, por muitas vezes, tratavam os cidadãos de maneira distinta, privilegiando uns aos outros, violando de forma latente o Princípio da Isonomia. Nesse caso, era necessária a prova da lesão ao requerente. A ação era chamada de *Verfassungsbeschwerde*, que era utilizada por aqueles indivíduos que sofreram a lesão. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (1999, p. 34) dispõe que,

a ação constitucional alemã vem sendo admitida para a impugnação tanto de comportamentos omissivos como comissivos de autoridades, desde que fique demonstrado que acarretaram lesões a direito do queixoso. Quanto aos comportamentos omissivos, tem sido utilizada sobretudo para indicar a omissão legislativa, notadamente quando se trata de omissão parcial, ou seja, quando a lei, violando o princípio da isonomia, reconheça certo privilégio apenas a determinadas pessoas, grupos, categorias ou segmentos sociais, não mencionando outros indivíduos, grupos, categorias ou segmentos sociais em situação semelhante.

O regime alemão tratava de maneira diferenciada a população, por essa razão, a figura do mandado de injunção tem natureza ampla, pois abrange atos comissivos e omissivos, com o escopo de trazer maior isonomia aos cidadãos alemães. Aqui, pode ser reconhecida a omissão total ou parcial da norma.

1.3.4 Direito Francês

No direito francês ocorre a figura da *injonction*. O poder da injunção na França está previsto em leis específicas, que dão autorização para as autoridades emitirem ordens aos indivíduos ou intimá-los. Consoante Rachel Bruno Anastacio (2003, p. 22),

assim é que no direito administrativo francês traduz-se a injunção em uma ordem de fazer, expedida por juiz contra uma pessoa pública; no direito civil francês, é uma ordem dada às partes em certas circunstâncias, inclusive a advogados e procuradores da Corte de Apelação, a fim de provocar a pontualidade dos mesmos. Ainda, quando utilizada no processo civil francês, tem por finalidade a cobrança de pequenos créditos civis e comerciais, obrigando o devedor a pagar por meio de um procedimento bastante simplificado. Pode-se verificar, novamente, a semelhança deste último procedimento não com o mandado de injunção, mas com processo monitório pátrio.

O modelo francês se contrapõe ao direito brasileiro, pois se traduz como uma ação de cobrança e não como um mecanismo para afastar a omissão legislativa. No direito brasileiro, a função precípua do mandado de injunção é garantir os direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais dos indivíduos que estão pendentes de uma norma regulamentadora.

1.3.5 Direito Português

Alguns constitucionalistas acreditam que o mandado de injunção brasileiro buscou inspiração no direito português. Em Portugal, o objetivo principal da decisão que reconhece a omissão legislativa é apenas dar conhecimento ao órgão competente da inconstitucionalidade por omissão. O real destinatário da decisão é o legislador. O instituto português se assemelha bastante com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Nas palavras de Carlos Alcântara Machado (1999, p. 55):

Recorde-se que atual art. 283º/2 da Constituição portuguesa é menos diretivo do que o art. 279º em sua redação primitiva, pois, como aduz o autor lusitano, a dicção anterior do dispositivo possibilitava ao Conselho da Revolução efetuar ‘recomendações’ (“Quando a constituição não estiver a ser cumprida por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, o Conselho da Revolução poderá recomendar aos órgãos legislativos competentes que as emitam em tempo razoável”). Hoje a redação é mais singela (“Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente”).

O direito português muito se assemelha ao brasileiro em relação à busca pela extinção da omissão ou mora legislativa do ordenamento jurídico. Desta forma, existe a busca de garantir a máxima efetividade das normas. Em Portugal, o instituto tem como finalidade apenas declarar a existência de inconstitucionalidade por omissão, tendo uma atuação conservadora.

Após a realização do estudo comparado, vislumbra-se que não houve total reprodução pelo direito brasileiro de nenhum instituto estrangeiro de forma integral. O legislador

constituinte procurou se inspirar no modelo anglo-saxão para a criação do mandado de injunção brasileiro. Assim, percebe-se que o mandado de injunção brasileiro mais se assemelha com os institutos correlatos americanos, ingleses e portugueses.

1.4 Pressupostos

Para que haja a correta impetração do remédio constitucional em questão, devem ser preenchidos os requisitos necessários, que são: a ausência de uma norma reguladora de uma previsão constitucional, podendo a omissão ser total ou parcial; e o prejuízo ao indivíduo, que é a impossibilidade de exercer seus direitos e liberdades constitucionais. De acordo com José Afonso da Silva (2010, p. 449):

Os pressupostos do remédio são: a falta de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa reclamada; ser o impetrante beneficiário direto do direito, liberdade ou prerrogativa que postula em juízo. O interesse de agir, mediante mandado de injunção, decorre da titularidade do bem reclamado, para que a sentença que confira tenha direta utilidade para o demandante.

Acerca do tema, existem várias correntes, a primeira tem caráter limitado, pois aduz que o mandado de injunção deverá garantir direitos e prerrogativas inerentes apenas à nacionalidade, à soberania, e à cidadania. Já a segunda corrente, os direitos protegidos pela referida ação são os direitos e garantias previstos no Título II da Constituição Federal de 1988. A última corrente tem uma visão mais ampla, pois garante aos indivíduos a possibilidade de impetrarem mandado de injunção para salvaguardar não somente os direitos e garantias que estão previstos no Título II da Carta Magna, mas todos os direitos, liberdades e prerrogativas previstas ao longo do texto constitucional, em razão do que dispõe o art. 5º, LXXI.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal corrobora o entendimento da última corrente, pois de acordo com os julgados dos MI 232/RJ e 283/DF, a Corte Suprema analisou os dispositivos que se situavam fora do Título II da Constituição Federal, como ocorreu com o art. 195, § 7º e do art. 8º, § 3º, do ADCT. Excertos extraídos do julgamento do Mandado de Injunção nº 232/RJ:

Portanto, deixou assente o Supremo Tribunal Federal que, consoante a sua própria natureza, o mandado de injunção destinava-se a garantir os direitos constitucionalmente assegurados, inclusive aqueles derivados da soberania popular, como ao direito ao plebiscito, o direito ao sufrágio, a iniciativa popular legislativa popular (art. 14, I e III), bem como os chamados direitos sociais (Constituição, art. 6º), desde que o impetrante estivesse impedido de exercê-lo em virtude da omissão do órgão legiferante. A partir do precedente firmado no MI nº 107/DF, de relatoria do Min. Moreira Alves, o STF constatou que o mandado de injunção afigurava-se adequado à realização de direitos constitucionais que dependiam da edição de normas de organização, sob pena do esvaziamento do significado desses direitos. Assim, no

caso relativo à omissão legislativa quanto aos critérios de indenização devida aos anistiados (art. 8º do ADCT), o Tribunal entendeu que, em face da omissão, os eventuais afetados poderiam dirigir-se diretamente ao juiz competente que haveria de fixar o montante na forma do direito comum (Cf., nesse sentido, MI nº 562-DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 24.6.2003; e MI nº 543-DF, Rel. Min. Octavio Gallotiti, DJ 24.5.2002). Em outro precedente relevante, considerou-se que a falta de lei não impedia que a entidade beneficente gozasse da imunidade constitucional expressamente reconhecida (CF. MI nº 679, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002 (Jurisprudência do STF (MI 708, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 Divul. 30-10-2008 Public. 31-10-2008 Ement. Vol-02339-02 PP-00207 RTJ Vol-00207-02 PP-00471)

Concordando com o entendimento da Suprema Corte, Luís Flávio Gomes (*apud* BACHA, 1998, p. 48-49), explicita que os direitos amparados pelo mandado de injunção estão além dos previstos no art. 5º, da Constituição Federal de 1988.

Direitos e liberdades constitucionais são os direitos individuais, coletivos e sociais previstos sobretudo no Título II, Capítulo I e II da Constituição Federal, cujas normas têm aplicação imediata, sem prejuízo de outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Em suma: abrange qualquer direito constitucional. Direitos infraconstitucionais (instituídos em legislação infraconstitucional), não regulamentados, não ensejam o mandado de injunção.

Assim, cabe visualizar que o campo de atuação do mandado de injunção é bastante amplo, podendo alcançar direitos que estejam localizados em todo o corpo da constituição, direitos estes que não podem ser exercidos, em razão da ausência de norma que os regulamente.

1.5 Finalidade

O mandado de injunção tem como finalidade precípua dar a concreção a direito abstrato previsto na Constituição Federal, relacionados a direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Ou seja, a ideia é a transformação de um direito abstrato em concreto. Desta forma, é uma ação de caráter constitucional, que contém uma pretensão que pode ser alcançada através da tutela jurisdicional. Esta ação visa defender os direitos fundamentais da omissão do ente legiferante, evitando também, a conhecida “mora legislativa”.

Havendo a previsão de um direito na Carta Magna, não há razão plausível de este direito não poder ser usufruído pelos indivíduos. A inexistência de lei que regulamente algum dispositivo constitucional não pode impedir o pleno gozo dos direitos individuais constitucionais. Por essa razão, o remédio constitucional em destaque tem como finalidade

tornar aquele direito individual que está pendente de regulamentação em um direito plenamente eficaz. Com isso, o referido remédio constitucional visa afastar toda ineficácia que paira sobre direito previsto na Constituição Federal.

O objeto do mandado de injunção, na feliz expressão de Manoel Jorge e Silva Neto (2009, p. 807), é transformar o direito abstrato em concreto, resultando tal providência “da histórica ausência de efetividade de diversos direitos consagrados em Constituições brasileiras precedentes, fato que decorreu da inércia legislativa”. De acordo com Rachel Bruno Anastácio (2003, p. 56), “pode-se dizer, em síntese, que o mandado de injunção visa o interesse do impetrante ou impetrantes, à obtenção de normas viabilizadoras do exercício de seus direitos.”

1.6 Da Ação

O mandado de injunção é uma ação que objetiva tornar um direito individual constitucional que era abstrato em concreto, para que ele possa produzir todos seus efeitos jurídicos, ainda que não exista norma que o regule.

No que concerne à legitimidade ativa da ação, esta pode ser impetrada por qualquer pessoa, física ou jurídica, nacional ou estrangeira, quando o exercício de seu direito ou liberdade constitucional estiver impedido, em razão da ausência de regulamentação. De acordo com André Ramos Tavares (2012, p. 1008), “qualquer pessoa é parte legítima para ajuizar a ação injuncional, desde que atendidas as condições constitucionais específicas.”

Ainda que não haja previsão expressa na Constituição Federal sobre o mandado de injunção coletivo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já admitiu a legitimidade ativa das associações de classe devidamente constituídas e das confederações sindicais. Essa possibilidade foi permitida em razão da aplicação analógica da Lei do Mandado de Segurança, que permite a impetração de mandado de segurança coletivo.

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. (STF – Tribunal Pleno – MI nº 472/DF – rel. Min. Celso de Mello, DJU, 02.03.2001, p.3)

No que concerne à legitimidade passiva do mandado de injunção, a ação deve ser impetrada em face da entidade estatal que é competente para legislar sobre aquele assunto. Se a iniciativa legislativa for do Presidente da República, a ação injuncional terá em seu polo passivo o Presidente da República, da mesma forma ocorre quando a iniciativa legislativa pertencer ao Congresso Nacional. Como a função legiferante pertence aos órgãos públicos, torna-se impossível a impetração de mandado de injunção em face de particulares, ainda que em litisconsórcio passivo. Alexandre de Moraes (2012, p. 182) ensina que:

O sujeito passivo será somente a pessoa estatal, uma vez que no polo passivo da relação processual instaurada com o ajuizamento do mandado de injunção só aquelas podem estar presentes, pois somente aos entes estatais pode ser imputável o dever jurídico de emanar de provimento normativos. Os particulares não se revestem da legitimidade passiva ad causam para o processo injuncional, pois não lhes compete o dever de emanar as normas reputadas essenciais ao exercício do direito vindicado pelos impetrantes. Somente o Poder Público é imputável o encargo constitucional de emanar de provimento normativo para dar aplicabilidade à norma constitucional.

Em relação à competência para julgar a ação, esta é fixada pelo órgão que tem a atribuição para editar a norma regulamentadora. O artigo 102, I, q, da Constituição Federal dispõe que,

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe, processar e julgar originariamente 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 umas dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

Já o art. 105, I, h, da Constituição Federal, traz a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar a ação:

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.

Finalmente, a constituição federal traz em seu artigo 121, §4º, V, a competência do Tribunal Superior Eleitoral para julgar, em grau de recurso, o mandado de injunção que tiver sido denegado pelo Tribunal Regional Eleitoral.

Em relação ao procedimento da ação, devem ser observadas as normas que estão previstas na Lei do Mandado de Injunção, que é a Lei nº 13.300/2016, no que couber. Apesar disso, José Afonso da Silva (2010, p. 449) entende que a norma que prevê o mandado de injunção no texto

constitucional é norma de eficácia plena, não sendo necessária a edição de norma regulamentadora.

Cumprе esclarecer que o disposto no art. 5º, LXXI, não depende de regulamentação para ser aplicado. O texto possui todos os elementos suficientes à sua imediata aplicação, reforçada essa aplicabilidade direta com o disposto no § 1º do mesmo artigo, o que significa que os juizes não poderão deixar de atender a toda e qualquer demanda que lhes for dirigida, e não poderão deixar de decidir também, dado o monopólio jurisdicional.

O artigo 24, § 1º da Lei 8.038/1990 traz disposição que indica que devem ser observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica que regulamente o procedimento do mandado de injunção. Esse procedimento foi seguido por muito tempo até a edição da lei do mandado de injunção. De acordo com o Regimento do Superior Tribunal de Justiça, o mandado de injunção tem prioridade de julgamento sobre os demais atos judiciais, salvo o habeas corpus, o habeas data e o mandado de segurança.

Já é pacífico o entendimento que cabe mandado de injunção em âmbito estadual. Em razão do Princípio da Simetria, os Estados-membros, podem estabelecer em suas próprias constituições, o órgão competente para julgar as ações de mandado de injunção e o seu processamento, em virtude do poder constituinte derivado decorrente.

2 DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Neste tópico será analisada a eficácia das normas constitucionais, especialmente sua classificação e sua extensão de efeitos. Também será abordado o tema relativo à omissão inconstitucional, pois é em razão desta, que nasce o interesse de propor a ação constitucional do Mandado de Injunção no direito brasileiro.

A classificação das normas constitucionais quanto a sua eficácia sempre foi perquirida pela doutrina constitucionalista. Não obstante essa busca, o referido tema é próprio da teoria do Direito. No entanto, existem algumas peculiaridades nas normas constitucionais, que fazem com que seja imprescindível a classificação quanto à eficácia para o completo entendimento do instituto do mandado de injunção.

2.1 Efetividade das normas constitucionais

Inicialmente, impende destacar que todas as normas constitucionais tem força normativa, ou seja, todas possuem alguma eficácia. Ocorre que é importante informar que nem todas as normas constitucionais tem idêntico grau de eficácia, por essa razão se torna importante a organização de ideias por meio da classificação das normas constitucionais quanto a sua aplicabilidade.

2.1.1 *Influência da doutrina estrangeira*

O assunto eficácia das normas constitucionais tem sido bastante discutido pela doutrina pátria, desde a Constituição de 1891. A partir de então, a doutrina que dominou foi a de Ruy Barbosa, que foi um dos idealizadores da ordem constitucional republicana. A concepção de Ruy Barbosa foi baseada no direito norte americano, principalmente nas obras de grandes doutrinadores americanos, assim como nas decisões da Suprema Corte e de outros tribunais dos Estados Unidos. A doutrina americana separa as normas constitucionais em dois grupos, as normas *self-executing* e as *not self-executing*. As primeiras são as normas auto-aplicáveis, pois estão aptas a produzir todos os seus efeitos, já que seu conteúdo é totalmente determinado, não sendo necessária a edição de uma lei posterior. Ruy Barbosa (1933, p. 488), baseado na lição de George Tucker:

São, portanto, as determinações, para executar as quaes, não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e

aquellas onde o direito instituído se ache armado, por si mesmo, pela sua própria natureza, dos meios de execução e preservação. Uma disposição constitucional é executável por si mesma, quando completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta e realizar tudo o que exprime.

Em relação às normas não-auto-aplicáveis, Ruy Barbosa (1933) salienta que essas normas indicam princípios, não estabelecem normas, desta forma, requerem a ação do legislador para que garanta a sua efetividade. O entendimento de Ruy Barbosa foi diretamente importado da doutrina norte americana, e foi adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro por muitas décadas. Diversos doutrinadores clássicos brasileiros seguiram a doutrina de Ruy Barbosa, tal como Pontes de Miranda.

Thomas Coleey entendeu que as normas do texto constitucional não devem servir como meros conselhos, pois ele percebeu que algumas normas eram incapazes de produzir seus efeitos imediatamente. Baseando-se nesse apontamento, dividiu as normas constitucionais em dois grupos formados pelas normas exequíveis e não exequíveis. Thomas Cooley (1890, p.99) entende:

Uma norma constitucional afigura-se como self-executing ou autoexequível se prover (ao destinatário) todos os meios necessários para que o direito ou comendo previsto seja aproveitado e protegido. Caso contrário, ter-se-á uma norma autoexequível ou not selfexecuting, a qual, em razão da inexistência de meios (referências normativas) suficientes para a sua efetiva aplicação, quedará em um estado de dormência, no máximo, quiçá, como uma força moral, até a legislação infraconstitucional lhe conceda as provisões capazes de torna-la aplicável, fruível.

A partir da década de cinquenta, com a Constituição de 1934, a doutrina de Ruy Barbosa e a doutrina norte-americana sofreram críticas, pois sua concepção clássica anunciava que a maior parte das normas do texto constitucional não possuía eficácia plena, sendo necessária a intervenção do legislador infraconstitucional. Já a doutrina atual, em discordância, dispõe que a maior parte das normas constitucionais tem eficácia plena e diretamente aplicável. Uma segunda crítica se referia ao conceito norte-americano das normas não-auto-aplicáveis, pois a doutrina americana entende que esse tipo de norma não produzia efeito algum, pois são totalmente destituídas de eficácia ou aplicabilidade.

Um dos primeiros autores brasileiros a discordar da corrente de Barbosa foi José Horácio Meirelles Teixeira (*apud* SARLET, 2011, p. 246), que ensinava “toda e qualquer norma constitucional alcança algum tipo de eficácia, de tal sorte que a eficácia das normas constitucionais pode ser considerada de natureza gradual, isto é, variando entre um mínimo e um máximo.”

2.1.2 No Direito Brasileiro

José Afonso da Silva (2010) tentou resolver o problema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Assim, criou uma teoria tricotômica de eficácia, na qual dividiu as normas constitucionais em três grupos, normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

José Afonso da Silva (2010) aduz que no texto constitucional existe a previsão de que todos os direitos e garantias fundamentais tem eficácia imediata. No entanto, vislumbra-se que existem diferentes tipos de eficácia dentre os direitos constitucionais. Alguns direitos têm eficácia total, não necessitando de lei posterior para que consiga produzir seus efeitos; outros têm eficácia imediata, ou seja podem ter seus efeitos contidos em razão de outra lei; e há outros que tem eficácia limitada, pois só conseguem produzir seus efeitos, quando nasce uma norma que os regulamente.

A eficácia e a aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito do seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito Positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais. (SILVA, 2010, p. 180)

O presente autor afirmou que não é fácil fixar regras gerais para diferenciar cada grupo. Destarte, as normas de eficácia plena são as normas que possuem aplicabilidade direta, imediata e integral, não precisam do legislador infraconstitucional para que a norma surta efeitos. São de aplicabilidade imediata porque possuem os elementos indispensáveis à sua executoriedade. Essas normas trazem consigo conduta jurídica positiva ou negativa com comando certo e definido. Assim, explicou quais são as normas de eficácia plena:

Completa, nesse sentido, será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses em relação à determinada matéria. Não se trata de regular a matéria em si, mas de definir certas situações, comportamentos ou interesses vinculados à determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa

não ser socialmente eficaz. Isso se reconhece pela própria linguagem do texto, porque a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados. (SILVA, 2003, p. 99)

No que concerne às normas de eficácia contida, essas normas se assemelham às normas de eficácia plena, no quesito da aplicabilidade, pois possuem aplicabilidade imediata. No entanto, se afastam dela, pois pode haver uma legislação futura que restrinja o âmbito de seus efeitos. Conforme José Afonso da Silva (2003, p. 103), “a legislação futura, antes de completá-las a eficácia, virá impedir a expansão da integridade de seu comando jurídico.” José Afonso da Silva (2003, p. 104) assinala sobre as normas de eficácia contida:

São normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislativo ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude de eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos. Enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena; nisso também diferem das normas de eficácia limitada, de vez que a interferência do legislador ordinário, em relação a estas, tem o escopo de lhe conferir plena eficácia e aplicabilidade concreta e positiva. São de aplicabilidade imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam.

A norma de eficácia contida tem sua aplicabilidade imediata, ou seja, já produz de pronto seus efeitos, mas pode ter sua eficácia reduzida por lei futura. Esta norma já possui todos os elementos para sua total produção de efeitos, porém o poder público poderá, de forma discricionária, restringir seus efeitos.

A possibilidade de delimitação da eficácia das normas de eficácia contida existe em razão dos fins gerais e sociais do Estado moderno. Assim, visa à proteção da coletividade em geral, para evitar que o direito de um indivíduo prejudique os direitos do restante das pessoas. Desta forma, se perfaz o Estado Democrático de Direito, no qual se preocupa mais com os interesses coletivos em detrimento dos interesses individuais.

Finalmente, as normas de eficácia limitada são aquelas que possuem aplicabilidade indireta, mediata ou reduzida, pois só conseguirá alcançar seus efeitos, após a criação de uma lei infraconstitucional que a regule. Isso não quer dizer que esse tipo de norma seja desprovida de eficácia, isso não é verdade, porque toda norma constitucional é dotada de eficácia, por menor que seja. De acordo com André Ramos Tavares (2010, p. 118),

as normas de eficácia limitada são aquelas que dependem de regulamentação futura, na qual o legislador infraconstitucional vai dar eficácia à vontade do constituinte. Não produzem, com a simples entrada em vigor da Constituição todos os efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

Ainda, José Afonso da Silva (2003, p. 123) faz uma subdivisão nas normas de eficácia limitada, em normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e as normas declaratórias de princípios programáticos. Os primeiros são regidos por uma legislação futura que irá lhe garantir eficácia e aplicabilidade. Afirma que “contêm esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades.”

Já as normas programáticas são as normas que trazem programas que deverão ser implantados, necessitando da vontade do legislador infraconstitucional. São normas que estabelecem o que os governantes deverão ou poderão fazer em relação a certos assuntos. São normas que trazem programas a serem concretizados pelo Estado, necessitando de uma norma posterior que desenvolva tais orientações. Pontes de Miranda (*apud* SILVA, 2003, p. 137) explica:

Regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos. A legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função.

Vale destacar que existem outros autores que apresentam diferentes classificações quanto à aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, no entanto José Afonso da Silva traz sua classificação clássica que é seguida por outros doutrinadores.

Diante da classificação exposta, impende mencionar que as normas que serão objeto do mandado de injunção são as normas de eficácia limitada, pois não havendo regulamentação, tais normas não terão aplicabilidade na prática, abstendo-se de fruir seus efeitos. Pedro Lenza (2008, p. 651) afirma que “o mandado de injunção surge para curar uma doença denominada síndrome da inefetividade das normas constitucionais”. É importante afastar toda situação que possa impedir a fruição de direitos constitucionais.

2.2 Omissão Inconstitucional

Inconstitucionalidade pode ser entendida como a incompatibilidade entre atos ou normas e a Constituição Federal. Ou seja, há uma desconformidade entre uma lei e o texto constitucional.

Impende destacar que existe no ordenamento jurídico brasileiro um sistema hierarquizado de normas, logo existem normas que possuem hierarquia superior às outras. A inconstitucionalidade só existe porque no ordenamento jurídico brasileiro a Constituição

Federal é hierarquicamente superior às outras normas. Para que se possa analisar a inconstitucionalidade, deve-se ter como pressuposto o Princípio da Supremacia da Constituição, que dispõe que qualquer norma que desrespeitar direta ou indiretamente a Constituição Federal será considerada inconstitucional. A Constituição é o parâmetro a ser seguido pela legislação infraconstitucional.

O Princípio da Supremacia da Constituição está intimamente associado ao conceito de constituição rígida. A Constituição Federal de 1988 é considerada rígida por possuir um processo de alteração mais rigoroso que o da lei ordinária. Isso não significa que a Constituição é imutável, pois ela pode ser alterada, devendo observar regras mais criteriosas para sua modificação. Através do Poder Constituinte Reformador são criadas as emendas à Constituição, que para serem promulgadas, devem ser aprovadas por três quintos dos congressistas, em votação em dois turnos, nas duas casas legislativas. José Afonso da Silva (2010, p. 42) classifica as constituições quanto à estabilidade em rígida, flexível e semi-rígida:

Rígida é a constituição somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares. Ao contrário, a constituição é flexível quando pode ser livremente modificada pelo legislador segundo o mesmo processo de elaboração das leis ordinárias. Na verdade, a própria lei ordinária contrastante muda o texto constitucional. Semi-rígida é a constituição que contém uma parte rígida e outra flexível, como fora a Constituição do Império do Brasil.

Assim, com a rigidez constitucional nasce o Princípio da Supremacia, que é a conformidade das normas do ordenamento jurídico com o texto constitucional, pois tem como parâmetro a Constituição. Por tratar de matéria relevante, pode haver uma fiscalização dessa compatibilidade, que será feita por meio do controle de constitucionalidade. Por essa razão, a Constituição de 1988, cuidou de trazer mecanismos para garantir a eficácia e aplicabilidade de suas normas, tais como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Assim, para que haja a preservação dessa supremacia, deve haver uma fiscalização e posteriormente, uma invalidação de todas as normas que violem à Constituição.

Lucio Bittencourt (1968, p. 71) aduz que existem vários tipos de inconstitucionalidade, que ocorrem em várias situações: “1ª) Desrespeito à forma prescrita; 2ª) Inobservância de condição estabelecida; 3ª) Falta de competência do órgão legiferante; 4ª) Violação de direitos e garantias fundamentais”. Essa divisão corresponde à inconstitucionalidade formal nas 1ª, 2ª e 3ª situações, que é o vício na forma da norma, e a 4ª situação trata da inconstitucionalidade

material que ocorre quando há vício no conteúdo da norma. André Ramos Tavares (2010, p. 2216) faz essa distinção:

Basicamente, duas são as possíveis ocorrências da inconstitucionalidade. Numa primeira, há incongruência entre o conteúdo da lei e o conteúdo da Constituição. Numa segunda modalidade, há o desatendimento do modelo previsto para a laboração da lei. Nesse caso, o conteúdo da lei não está em desacordo com o da Constituição: apenas seu procedimento de formação não obedeceu ao procedimento previsto na Constituição. A primeira ocorrência recebe a denominação de inconstitucionalidade material, substancial ou intrínseca. A segunda, por seu turno, é denominada inconstitucionalidade formal, ou extrínseca.

Assim, destaca-se que a inconstitucionalidade legislativa é apenas um tipo de inconstitucionalidade, pois esta se desdobra de muitas formas. Importante esclarecer que a Constituição pode ser violada tanto por atos comissivos, como por atos omissivos. A ausência de legislação também pode ser considerada inconstitucional. Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho e Vittal Moreira (1991, p. 263):

O princípio da constitucionalidade não diz respeito apenas às ações do Estado; abrange também as omissões ou inações do Estado. A Constituição não é somente um conjunto de normas proibitivas e de normas de organização e competência (limite negativo da atividade do Estado): é também um conjunto de normas positivas que exigem do Estado, ou seja, por falta total de medidas (legislativas e outras), ou pela sua insuficiência, deficiência ou inadequação, traduz-se igualmente numa infração da Constituição: inconstitucionalidade por omissão.

A omissão legislativa é consequência da inércia na função típica do legislador, que é a edição de normas. O poder legislativo tem o dever de garantir total eficácia e aplicabilidade às normas da Constituição Federal. Esse dever nasce da própria Carta Magna, pois há previsão expressa em seu texto, trazendo uma ordem de legislar. Assim, quando ocorre a omissão legislativa, há o descumprimento de um comando constitucional, trazendo manifesto prejuízo à sociedade.

Nesta concepção, a presente omissão inconstitucional é o não atuar do Poder Legislativo, quando a própria Constituição Federal traz em seu texto uma ordem concreta e explícita para que haja criação de uma legislação *a posteriori*, para que finalmente as normas dependentes de regulamentação possam produzir seus efeitos. No dizer de J. J. Canotilho (1993, p. 354-355):

A omissão legislativa só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexas com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas. [...] poderá, de uma forma geral, falar-se de uma inconstitucionalidade por omissão quando a Constituição consagra normas sem suficiente densidade para se tornarem exequíveis por si mesmas, reenviando para o legislador a tarefa de lhe dar exequibilidade prática.

A Constituição Federal prevê em seu texto normas que apontam expressa necessidade de regulamentação, desta forma o dever do Poder Legislativo de regulamentar é inequívoco, para que essas normas alcancem sua eficácia plena. Nesse mesmo sentido, para se constatar uma omissão legislativa, o dever de legislar deve ser originário de uma norma constitucional e não de uma norma ordinária. Ou seja, a ordem deve surgir de uma norma da Carta Maior. Diante disso, a inconstitucionalidade por omissão se manifesta em razão de normas constitucionais de eficácia limitada que ainda não tiveram uma legislação posterior que as regule.

Outro fator que ocorre com a inércia legislativa é a mutação constitucional, que é o processo de alteração da constituição de maneira informal, ensejando graves consequências ao ordenamento jurídico, e conseqüentemente, à vida dos administrados. Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 217-218) explicita:

A inércia dos órgãos estatais, que deixam de exercer a obrigação de emanar normas, determinada em preceitos constitucionais, traduz verdadeiro processo informal de mudança da Constituição. Configura inegável processo de mudança constitucional, embora não altere a letra constitucional, altera-lhe o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como inconstitucional [...]. Como modalidade de mutação constitucional, a inércia é processo pernicioso, que acarreta conseqüências desastrosas à vida constitucional dos Estados.

Desta forma, conclui-se que a omissão legislativa inconstitucional se encontra entre a discricionariedade para legislar outorgada ao Poder Legislativo e o dever de legislar que algumas vezes é imposto pela Constituição Federal. O Poder Legislativo é órgão competente para editar essas normas, e quando não o faz, ocasiona prejuízo aos administrados, que estarão impossibilitados de exercer alguns direitos constitucionais.

No ordenamento jurídico brasileiro, desde sua história, resta configurada a inércia dos órgãos competentes para legislar, ora em sua totalidade, ora de maneira parcial. A omissão será total se o legislador se mantiver inerte e não editar a lei, será parcial quando o legislador agir, porém de maneira insuficiente, com isso a norma não consegue produzir seus efeitos totalmente. A verdade é que a sociedade brasileira sempre conviveu com omissões legislativas, tornando seus direitos tolhidos, ou muitas vezes, até inexistentes. Na Constituição de 1946 previa a edição de uma lei que regulamentasse as diretrizes e bases da educação, no entanto, essa lei demorou quinze anos para que fosse criada e promulgada. E também, como exemplo, a ausência de lei que regulamentasse o direito de greve dos servidores públicos, previsto na Constituição Federal de 1988, situação que ensejou a impetração de inúmeros mandados de injunção.

Torna-se uma situação crítica, pois como o Poder Legislativo se abstém de fazer sua atividade típica que é legislar, o Poder Executivo fica em uma situação desconfortável em razão de não poder aplicar as normas ao caso concreto, em consequência, os indivíduos se sentem lesados, e decidem ajuizar ações no Poder Judiciário, para que um magistrado tente resolver de alguma maneira sua demanda, para garantir ao final, seu direito subjetivo. No entanto, o Poder Judiciário se encontra em situação delicada, pois tem obrigação de agir e julgar o presente litígio, mas simultaneamente, sofre o risco de usurpar função de outro Poder.

3 DA DECISÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Nesta etapa, será abordado um ponto relevante deste trabalho, que é a natureza da decisão do julgamento do mandado de injunção. É um assunto bastante controvertido na doutrina, merecendo destaque o seu estudo, em razão da atual discussão jurisprudencial sobre o tema. Em um segundo momento, será explicitada a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde seu posicionamento inicial, que fora mais conservador, até os dias atuais, deflagrando relevante evolução.

Vale destacar que a decisão do mandando de injunção acarreta grandes discussões jurídicas, tais como o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e a violação ao princípio constitucional da separação dos poderes. Desta forma, cabe analisar as consequências jurídicas desta decisão.

3.1 Decisão do Mandado de Injunção na Doutrina

Quando a ação constitucional mandado de injunção é julgada, o Poder Judiciário emana uma decisão. A doutrina encontra obstáculos na definição da natureza desta decisão. Assim, o referido tema ainda é bastante controvertido.

Parte da doutrina defende que a decisão é meramente declaratória, pois quando a ação é julgada procedente, o magistrado comunica ao órgão competente para editar àquela norma regulamentadora e declara a mora legislativa. Ou seja, o Poder Judiciário noticia o órgão competente da norma faltante para que tome as medidas cabíveis e declara que realmente não existe a norma necessária para tornar um direito eficaz em sua plenitude. Destarte, a decisão do mandado de injunção muito se assemelharia à decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão feita em sede de controle de constitucionalidade concentrado.

Concordando com essa corrente, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1995, p. 277) aduz que o alcance da decisão do mandado de injunção deve ser análogo ao da ação de inconstitucionalidade por omissão. Ou seja, o poder judiciário dará conhecimento ao poder competente da ausência da norma regulamentadora que torna inviável o exercício de direito constitucional. No entendimento do autor, se o magistrado editasse a norma reguladora que é ausente, ele estaria violando o ordenamento jurídico constitucional, pois estaria em desacordo

com o princípio da separação dos poderes. Explicita ainda, que o referido princípio é cláusula pétrea, logo não pode sofrer qualquer limitação.

Assim, um forte argumento dessa corrente era que a decisão do mandado de injunção não pode ultrapassar os limites da decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois nesta última, a ação era julgada pelas mais altas cortes do país e elas não poderiam editar leis. Logo, na decisão do mandado de injunção deveria acontecer o mesmo.

Foram tecidas críticas a essa corrente. A primeira delas é que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandando de injunção estavam sendo tratados de maneira idêntica, em razão de possuírem a obrigação de terem a mesma decisão judicial. Isso foi bastante questionado, porque não haveria sentido de a Constituição Federal ter criado dois institutos distintos, se eles possuem o mesmo objetivo. Assim, ambos os institutos poderiam ser tratados de forma desigual, pois a constituição federal não cria palavras inúteis, muito menos instrumentos inúteis.

É importante mencionar que esses dois institutos possuem diferenças bastante delimitadas no texto constitucional, como sua abrangência e a legitimidade ativa para propor a demanda, pois a ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa eliminar qualquer ausência em todo o texto da Constituição, já o mandado de injunção se refere especialmente aos direitos fundamentais. O rol de legitimados para ingressarem com a ação direta de inconstitucionalidade é taxativo, assim a ação só poderá ser interposta pelas pessoas previstas no artigo 103 da Constituição Federal de 1988; já em relação ao mandado de injunção, qualquer pessoa que tiver seu direito fundamental violado poderá impetrar a ação.

A segunda crítica a primeira corrente se refere à inefetividade da decisão declaratória. O estado possui a obrigação de oferecer aos administrados uma tutela realmente efetiva. A própria Constituição criou mecanismos de defesa para que os indivíduos possam ter seus direitos efetivados. Assim, a simples declaração de mora do órgão competente para legislar torna-se insuficiente para alcançar o real objetivo das normas constitucionais. Celso Agrícola Barbi (1988, p. 9) aduz que:

Essa solução deixaria de lado um elemento importante, que é o caráter impositivo do mandado de injunção como o seu nome está a mostrar. Injunção significa imposição, o que não existe em uma sentença que seja apenas declaratória da omissão do Poder Legiferante. Essa fórmula porque inócua e não condizente com o caráter impositivo do mandado de injunção, não merece apoio.

A segunda corrente, que é mais rigorosa, defende que os direitos previstos na Constituição Federal devem ser concretizados. Assim, o Poder Judiciário, ao verificar uma omissão legislativa, deve formular preceitos que devem ser obedecidos para que a norma constitucional possua sua total eficácia. No entanto, essa decisão tem efeito *inter partes*, só alcança as partes envolvidas no processo, ou seja, essa decisão não pode alcançar outros casos análogos.

Dentro desta segunda corrente, nasceu uma divergência, pois existia uma subcorrente que defendia que o órgão julgador iria formular uma regulamentação supletiva para o caso concreto, no entanto, o poder judiciário não poderia obrigar que a regulamentação fosse aceita pelo obrigado. A segunda subcorrente aduz que o poder judiciário tem que obrigar que o impetrado satisfaça o direito do impetrante, havendo nesse caso, uma obrigatoriedade.

As críticas mais relevantes à segunda corrente pairam na questão da violação ao princípio da isonomia, pois aquela decisão só alcança as partes envolvidas no processo, podendo ocorrer tratamento diferenciado pelos juízes em processos idênticos; e também, é complicado compatibilizar essa corrente com função exercida pelo Supremo Tribunal Federal. José Carlos Barbosa Moreira (1989, p. 117) discorda da crítica concernente à violação ao princípio da isonomia:

É claro que haverá possibilidade de normas discrepantes, porém cada qual com seu efeito limitado ao caso concreto que foi objeto daquele Mandado de Injunção. Dir-se-á: mas não é bom que apliquem normas diferentes a casos semelhantes. Realmente, não. Mas é um fenômeno que ocorre a todo o momento. E por isso é que existem mecanismos conhecidíssimos de uniformização de jurisprudência. Mesmo quando não falta a norma, é muito comum que órgãos diferentes interpretem, de modo também diferente, a norma que existe, de sorte que o fenômeno tampouco apresenta qualquer cor de ineditismo ou de novidade. A todo o momento acontece. E o ordenamento contém, todos nós o conhecemos, instrumentos destinados a remediar, na medida do possível, esses inconvenientes, promovendo a uniformização de jurisprudência.

Outros doutrinadores defendem que esta decisão tem natureza mandamental, assim, caso a decisão não fosse obedecida pelo órgão legislativo competente, poderia ensejar uma ação penal, por tratar-se de crime de desobediência. Com isso, caso a omissão legislativa acarrete danos ao indivíduo, ele pode ingressar com uma ação para requerer indenização, em razão da responsabilidade estatal, utilizando-se da sentença do mandado de injunção como título executivo.

Uma terceira corrente afirma que os efeitos da decisão do órgão julgador devem ultrapassar aquele caso concreto, devendo ter efeito *erga omnes*, para alcançar todos os casos semelhantes. Dessa corrente advêm três consequências distintas, a primeira é conceder ao

impetrante o direito pleiteado no mandado de injunção, a segunda é o poder judiciário editar a norma ausente, e terceiro, ordenar que o órgão competente legisle.

3.2 Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Inicialmente, quando começou a julgar os mandados de injunção, o Supremo Tribunal Federal adotava uma postura mais conservadora, mais comedida. Entendia que esta ação deveria ser julgada da mesma forma da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ou seja, a consequência da decisão no mandado de injunção era apenas à comunicação do Poder competente para legislar, para suprir a ausência da norma faltante. O excerto da decisão prolatada no MI nº 107-3/DF:

O mandado de injunção é ação outorgada a titular de direito, garantia ou prerrogativa dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora; é ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade desta omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º, da Carta Magna). (STF, MI nº 107-3/DF, DJU, Seção I, 21/9/1990, p. 9.782, rel: min. Moreira Alves.)

Durante quase vinte anos, esse foi o entendimento predominante do STF, que julgou de forma semelhante vários mandados de injunção. No entanto, o instituto estava se tornando obsoleto, pois os titulares de direito permaneciam sem ter seus direitos garantidos, devido à ausência de norma regulamentadora. O instituto estava se tornando ineficaz para o ordenamento jurídico brasileiro.

Diante desta situação, com o decorrer dos anos, este tema se tornou bastante controverso dentro do próprio Supremo Tribunal Federal, nascendo diversos entendimentos entre os ministros da mais alta corte. Assim trouxe o Ministro Néri da Silveira às várias posições da Corte Maior:

Há, como sabemos, na Corte, no julgamento dos mandados de injunção, três correntes: a majoritária que se formou a partir do Mandado de Injunção nº 107, que entende deva o Supremo Tribunal Federal, em reconhecendo a existência da mora do Congresso Nacional, comunicar a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. Outra corrente, minoritária, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, decide, desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção e provê sobre o exercício de direito constitucionalmente previsto. Por último, registro minha posição, que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. Adoto posição que considero intermediária. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele,

exercitando a sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendo entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito in concreto. (Pronunciamento do Ministro Néri da Silveira. Ata da 7ª (sétima) sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, realizada em 16 de março de 1995 e publicada no Diário da Justiça, 4 abr. 1995, Seção I, p. 8.265)

A partir do ano de 2007, a Corte contava com uma nova composição de ministros, com isso, o entendimento sobre o tema sofreu relevantes mudanças. A corte se afastou da posição mais conservadora e tímida, partindo para uma postura mais concretista e atuante. Em razão da grande divergência de entendimentos dentro da Suprema Corte em relação à decisão do mandado de injunção, dividiu-se em duas correntes, a concretista e não concretista.

3.2.1 Posição Não Concretista

Foi a posição adotada por muito tempo pelo Supremo Tribunal Federal, que consiste em reconhecer formalmente a inércia do poder competente em legislar. Assim, essa decisão declara a mora legislativa do Poder Público, mas não cria condições que viabilizem a efetivação dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais. Ela apenas dá ciência ao Poder Público da ausência da norma regulamentadora para que ele elabore a mesma. Esta posição foi adotada no julgamento do Mandado de Injunção nº 107/DF, rel. Ministro Moreira Alves, em 1989.

Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não. - em face dos textos da constituição federal relativos ao mandado de injunção, e ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5., 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 ciência 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 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 âmbito da competência desta corte - que esta 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. (MI 107 qo, relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1989, dj 21-09-1990 pp-09782 ement vol-01595-01 pp-00001)

Essa posição é bastante criticada por alguns doutrinadores, porque nessa posição, o mandado de injunção muito se assemelha à ação direta de inconstitucionalidade por omissão E

já que são institutos diferentes, suas decisões podem produzir efeitos diferentes. Também criticam que a decisão não concretista se torna muitas vezes sem eficácia alguma, pois o poder público permanece inerte e a o impetrante continua sem poder usufruir de seus direitos.

Essa corrente está baseada no princípio da Separação dos Poderes, previsto no texto constitucional, em seu artigo 2º, nestes termos: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Esse princípio explicita que haverá três funções estatais, que são legislar, julgar e administrar, e serão distribuídas em três poderes distintos, que são o Poder Legislativo, Judiciário e Executivo, respectivamente.

Assim, de acordo com a posição não concretista, o Poder Judiciário não poderá suprir a lacuna legislativa, nem garantir ao impetrante da ação o seu direito perquirido, tampouco obrigar o Poder Legislativo que edite a norma ausente. E por essa razão, defendia-se que esse princípio deve ser respeitado para evitar que um Poder prevaleça sobre o outro, pois a própria Constituição separou as funções típicas e atípicas de cada Poder. Cada um deverá ter uma atividade preponderante que é a chamada função típica. Para revelar essa harmonia, cada Poder deve fiscalizar o outro Poder.

3.2.2 Posição Concretista

Esta posição é mais recente e inovadora, pois entende que o Poder Judiciário irá prolatar uma decisão constitutiva, que declarará a mora legislativa e irá implementar o exercício de direito, liberdade, ou prerrogativa constitucional até que o órgão legislativo competente edite a norma regulamentadora ausente. A posição concretista se subdivide em concretista geral e concretista individual.

A posição concretista geral refere-se à uma decisão que tem efeito *erga omnes*, ou seja, tem alcance geral. Desta forma, o poder judiciário irá implementar o direito, liberdade ou prerrogativa constitucional até que seja criado pelo órgão competente a norma regulamentadora faltante; e essa decisão terá normatividade geral, alcançando todos os indivíduos que estejam em situação semelhante. Essa posição é bastante criticada pela doutrina, pois alguns doutrinadores afirmam que o Poder Judiciário estaria usurpando a função do legislador e que não seria adequado que este órgão editasse norma geral e abstrata, quando estivesse julgando um caso concreto.

Já na posição concretista individual, os efeitos da decisão proferida pelo Poder Judiciário se restringirão as partes envolvidas no processo. Apenas o autor da ação poderá gozar o direito, liberdade e prerrogativa concedida na decisão judicial. Canotilho (1993, p. 88) assevera:

O mandado de injunção não tem por objeto uma pretensão a uma emanção, a cargo do juiz, de uma regulação legal completadora com eficácia 'erga omnes'. O mandado de injunção apenas viabiliza, num caso concreto, o exercício de um direito ou liberdade constitucional perturbado pela falta parcial de lei regulamentadora. Se a sentença judicial pretendesse ser uma norma com valor de lei ela seria nula (inexistente) por usurpação de poderes.

Paulo Bonavides (2003, p. 551) coaduna com a posição concretista individual, afirmando que a decisão tem efeito *inter partes*, alcançando apenas os litigantes daquele processo. Assim, dispõe:

Havendo, por conseguinte, um direito subjetivo constitucional, cujo exercício se ache tolhido pela privação de norma regulamentadora, o titular desse direito postulará, perante o Judiciário, por via do mandado de injunção, a edição de norma saneadora da omissão é provisoriamente do Judiciário e não do Legislador, concretizando-se graças àquela garantia, a satisfação do direito subjetivo constitucional cujo exercício ficará paralisado, à míngua da regra regulamentadora por parte do órgão competente para elaborá-la.

A posição concretista individual subdivide-se em concretista individual direta e concretista individual intermediária. Na primeira, quando o órgão julgador decidir pela procedência do mandado de injunção, haverá a implementação do direito previsto na Constituição Federal ao autor da ação. Essa postura visa impedir a síndrome da inefetividade das normas constitucionais. Assim, o STF consegue garantir a efetividade das normas constitucionais ainda que o poder legislativo permaneça inerte.

Já na posição concretista individual intermediária, ao julgar o mandado de injunção, o Poder Judiciário fixa um prazo para o Congresso Nacional editar a norma faltante. Caso se expire o prazo sem a atuação do Congresso Nacional, o Poder Judiciário adotará condições para efetivar o direito do autor da ação.

Alguns doutrinadores tecem críticas a respeito da posição concretista individual em virtude desta posição ser incompatível com o Princípio da Separação dos Poderes. O referido princípio está previsto no art. 2º da Constituição Federal de 1988. O ministro Marco Aurélio, em seu voto, no mandado de injunção nº 721/DF discorda dessas críticas e dispõe que:

Não se há de confundir a atuação no julgamento do mandado de injunção com atividade do Legislativo. Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas à nacionalidade, soberania e cidadania. O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo. (MI 721, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142)

O ex-ministro Eros Grau, no julgamento do Mandado de Injunção nº 712-8 Pará, defendeu que a decisão concretista da Suprema Corte não viola o Princípio da Separação de Poderes:

O argumento de que a Corte estaria então a legislar, que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] é insubsistente. Pois é certo que este Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o art. 37, VII da Constituição, função normativa, porém não legislativa. [...] Ademais, não há que falar em agressão à “separação dos poderes”, mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada “separação de poderes” provinda do direito natural. Ela existe, nas Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de “separação dos poderes”, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original. De resto, o Judiciário está vinculado pelo poder-dever de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora faltante. Note-se bem que não se trata de simples poder, mas de dever-poder, ideia já formulada por JEAN DOMAT no final do século XVII, após a retomada por LEÓN DUGUIT e, entre nós, por RUI BARBOSA, mais recentemente por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO. A este Tribunal incumbirá – permito-me repetir – se concedida a injunção, remover o obstáculo decorrente da omissão, definindo a norma adequada à regulação do caso concreto, norma enunciada como texto normativo, logo sujeito a interpretação pelo seu aplicador. (MI 712, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 Divulg 30-10-2008 Public 31-10-2008 Ement Vol-02339-03 PP-00384)

Atuando desta forma, o Poder Judiciário não está criando normas abstratas para regular a Constituição Federal, em razão de não ser essa sua função típica; em contrapartida, o Poder Judiciário está exercendo sua atividade principal que é resguardar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

3.2.2.1 Casos Emblemáticos

Para exemplificar esse novo entendimento da Suprema Corte que é mais concretista, ocorreu o julgamento do MI 721/DF, rel. Min. Marco Aurélio, no dia 30.08.2007. Na referida ação, a impetrante era uma servidora pública federal que laborou por mais de vinte e cinco anos

em condições especiais que prejudicavam sua saúde e integridade física, pois sua atividade era considerada insalubre, por essa razão, pleiteou o seu direito à aposentadoria especial, com fulcro no art. 40, § 4º, III, da Constituição Federal.

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

No entanto, não há lei complementar que regulamentasse o instituto da aposentadoria especial. Desta forma, quando o STF se pronunciou sobre o tema, decidiu julgar a ação parcialmente procedente, para que a autora possa ter direito à aposentadoria especial, devendo a lei do regime geral de previdência social ser aplicada analogicamente a seu caso concreto, em face da inexistência de lei infraconstitucional regulamentadora. Excertos do julgado do MI nº 721, relatoria Ministro Marco Aurélio:

Mandado de injunção - natureza. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da constituição federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. Mandado de injunção - decisão - balizas. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. Aposentadoria - trabalho em condições especiais - prejuízo à saúde do servidor - inexistência de lei complementar - artigo 40, § 4º, da constituição federal. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da lei nº 8.213/91. (MI 721, relator(a): min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, dje-152 divulg 29-11-2007 public 30-11-2007 dj 30-11-2007 pp-00029 ement vol-02301-01 pp-00001 rtj vol-00203-01 pp-00011 rddp n. 60, 2008, p. 134-142)

Com essa ação, torna-se evidente a natureza mandamental da decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de injunção, pois garantiu o direito à impetrante. Neste caso, o STF adotou a posição concretista individual direta, pois o direito só poderá ser exercido pelo impetrante do *mandamus*. Já em um julgado mais recente em 2011, no MI 1231 agr, rel. Min. Ricardo Lewandowski, o STF confirmou sua posição concretista em relação aos

servidores públicos federais que laboram em condições especiais e estão pleiteando a aposentadoria especial.

Agravo regimental. Mandado de injunção. Aposentadoria especial do servidor público. Artigo 40, § 4º, III, da constituição da república. Aplicação do art. 57 da lei 8.213/1991. Precedentes. Legitimidade passiva. Agravo improvido. I - A orientação do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que apenas a autoridade, órgão ou entidade que tenha o dever de regulamentar a norma constitucional dispõe de legitimidade passiva ad causam no mandado de injunção. Precedentes. II - A jurisprudência desta Corte, após o julgamento dos Mandados de Injunção 721/DF e 758/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, passou a adotar a tese de que o mandado de injunção destina-se à concretização, caso a caso, do direito constitucional não regulamentado, assentando, ainda, que com ele não se objetiva apenas declarar a omissão legislativa, dada a sua natureza nitidamente mandamental. III - Agravo regimental a que se nega provimento. (MI 1231 agr, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2011, Acórdão Eletrônico dje-228 DIVULG 30-11-2011 PUBLIC 01-12-2011)

Em um segundo caso, o Supremo Tribunal Federal continuou adotando esta posição em relação aos servidores públicos civis que pleiteavam seu direito à greve. O direito de greve dos servidores públicos é um direito constitucional e faz parte do rol dos direitos fundamentais. É necessária uma norma que estabeleça os limites e regras para o exercício do referido direito. No entanto, o legislador infraconstitucional não editou a norma que regulamenta o direito de greve dos servidores públicos, ainda que haja previsão constitucional no seu art. 37, VII.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

Até então, as greves realizadas por servidores públicos eram consideradas ilegais, pois não havia norma específica regulamentadora. Por essa razão, o dispositivo constitucional referente a esse direito começou a ser deveras questionado.

Assim, quando este caso chegou à Corte Maior, por meio da ação de mandado de injunção, esta declarou a mora legislativa e decidiu que seria aplicada temporariamente a lei de greve do setor privado até que seja criada lei ulterior pelo órgão competente. Neste caso, foi adotada a posição concretista geral, pois alcança a todos em situação idêntica. Desta forma, ocorreu no julgamento do MI 708, com relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no dia 25.10.2007:

Mandado de Injunção. Garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso VII). Evolução do tema na jurisprudência do supremo tribunal federal (STF). Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da justiça federal e da justiça estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. Em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o congresso nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989. 1. Sinais de evolução da garantia fundamental do mandado de injunção na jurisprudência do supremo tribunal federal (STF). (MI 708, relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, dje-206 divulg 30-10-2008 public 31-10-2008 ement vol-02339-02 pp-00207 rtj vol-00207-02 pp-00471)

Assim também foi julgado o mandado de injunção nº 712, relatoria do ex-Ministro Eros Grau, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará:

Mandado de Injunção. Art. 5º, LXXI da Constituição do Brasil. Concessão de efetividade à norma veiculada pelo artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil. Legitimidade ativa de entidade sindical. Greve dos trabalhadores em geral [art. 9º da Constituição do Brasil]. Aplicação da Lei Federal n. 7.783/89 à greve no serviço público até que sobrevenha lei regulamentadora. Parâmetros concernentes ao exercício do direito de greve pelos servidores públicos definidos por esta corte. Continuidade do serviço público. Greve no serviço público. Alteração de entendimento anterior quanto à substância do mandado de injunção. Prevalência do interesse social. Insubssistência do argumento segundo o qual dar-se-ia ofensa à independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da constituição do brasil] e à separação dos poderes [art. 60, § 4º, iii, da constituição do brasil]. Incumbe ao poder judiciário produzir a norma suficiente para tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos, consagrado no artigo 37, VII, da constituição do brasil. (mi 712, relator(a): min. Eros grau, tribunal pleno, julgado em 25/10/2007, dje-206 divulg 30-10-2008 public 31-10-2008 ement vol-02339-03 pp-00384)

Em outro caso, que lidava com a questão dos juros reais fixados pela própria Carta Cidadã na margem de 12% ao ano. O STF asseverou que essa norma não era auto-aplicável, sendo necessária a edição de uma lei infraconstitucional que a regulamentasse. Apesar de haver no Congresso Nacional projetos de lei tramitando sobre o sistema financeiro nacional, o STF entende que a mora legislativa persiste.

Outra questão que fora suscitada no STF se referia à proteção do direito constitucional previsto no art. 195, §7º, que se trata da isenção de contribuição para a seguridade social às entidades beneficentes de assistência social que atendam as exigências legais. A lei regulamentadora não foi criada, então, a Suprema Corte decidiu declarar o estado de mora legislativa do Congresso Nacional, e fixou o prazo de 6 (seis) meses para que a lei fosse editada, pois caso contrário, a impetrante poderia gozar da imunidade requerida. Excerto do MI nº 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves:

Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. (MI 232, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1991, DJ 27-03-1992 PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965)

Casos como esses demonstram a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, transformando o STF em um órgão mais atuante, pois ele é o guardião da Constituição, e deve buscar sempre afastar a inconstitucionalidade das normas.

A evolução da jurisprudência do STF foi muito importante, pois o Judiciário deve acompanhar as mudanças na sociedade. O estado não pode ser um tirano e retirar dos indivíduos direitos que lhes são assegurados constitucionalmente. André Ramos Tavares (2010, p. 1014) assevera:

De qualquer sorte, a mudança da jurisprudência recalcitrante foi uma grande conquista para a cidadania brasileira, especialmente por se tratar de um país cujo compromisso constitucional é constantemente relegado a segundo plano, e a ideia de “fraude à Constituição” uma prática rotineira de governos democraticamente eleitos, com o que a Justiça Constitucional estaria a auxiliar decisivamente na operatividade das normas constitucionais. O efeito didático (indireto) dessas decisões, para outras situações semelhantes, também não é desprezível.

Por essa razão, o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal vêm se distanciando do conservadorismo judicial e partindo para a luta na máxima efetividade da Constituição Federal.

INOVAÇÃO LEGISLATIVA: LEI 13.300/2016

Após vários anos de omissão legislativa, foi editada a Lei 13.300/2016, que regula o procedimento do mandado de injunção. Dessa forma, caso a lei não traga solução para determinado caso, o intérprete deverá aplicar subsidiariamente as regras pertencentes à Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009) e ao novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)

No que toca à petição inicial do mandado de injunção, esta deve preencher os requisitos contidos nos artigos 319 e 320 do CPC/2015. Se a inicial não cumprir os requisitos legais ou apresentar defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, o juiz ou Relator deverá determinar que o impetrante, no prazo de 15 (quinze) dias, emende-a ou complete-a, devendo o magistrado indicar com precisão o que deve ser corrigido ou completado (art. 321 do CPC/2015). Se o autor não cumprir a diligência, a petição inicial será indeferida.

O autor deve indicar na petição inicial não apenas o órgão impetrado, mas também a pessoa jurídica que ele integra ou está vinculado, conforme o artigo 4º da Lei do Mandado de Injunção (LMI). Essa regra também é prevista na Lei do Mandado de Segurança.

A petição inicial do mandado de injunção deverá ser desde logo indeferida quando a impetração for manifestamente incabível ou manifestamente improcedente. A petição inicial pode ser considerada incabível no caso de faltar algum pressuposto processual. Será considerada manifestamente improcedente quando o mérito do pedido for claramente improcedente, como no caso de a lei omissa já haver sido editada.

Se o indeferimento da petição inicial for realizado pelo juiz (em 1ª instância), será feito por meio de sentença, cabendo apelação, admitindo-se até que o magistrado faça juízo de retratação, caso deseje (art. 331 do CPC/2015). Já se o indeferimento ocorrer por decisão monocrática do relator (em processos de competência originária do Tribunal), o recurso cabível é o agravo interno.

Vale destacar que a própria lei nº 13.300/2016 trata do agravo interno dessa situação, logo não se aplica o art. 1.021 do CPC/2015. Assim, o prazo fixado na lei específica é de 5 (cinco) dias e não de 15 (quinze) dias conforme o CPC/2015.

O demandante deverá apresentar a petição inicial e os documentos que a instruem acompanhados de tantas cópias quantos forem os impetrados. Se a petição for transmitida por meio eletrônico, não serão necessárias as cópias. O artigo 4º da LMI prevê que, quando o documento necessário à prova do alegado encontrar-se em repartição ou estabelecimento público, em poder de autoridade ou de terceiro, havendo recusa em fornecê-lo por certidão, no original, ou em cópia autêntica, será ordenada, a pedido do impetrante, a exibição do documento no prazo de 10 (dez) dias, devendo, nesse caso, ser juntada cópia à segunda via da petição. Se a recusa em fornecer o documento for do impetrado, a ordem será feita no próprio instrumento da notificação.

Após terminar o prazo para o impetrado prestar as suas informações, tendo ele apresentado ou não, será ouvido o Ministério Público, que deverá oferecer parecer no prazo de

10 (dez) dias. Esgotado o prazo para manifestação do MP, com ou sem parecer, os autos serão conclusos para decisão (sentença ou acórdão).

A Lei nº 13.300/2016 não prevê a possibilidade de concessão de medida liminar. Antes da regulamentação, o STF já possuía precedentes afirmando não ser cabível liminar.

Um dos pontos mais polêmicos a respeito do mandado de injunção diz respeito aos efeitos da decisão que julga esta ação. Sobre o tema, existem diversas correntes que já foram abordadas anteriormente. A Lei nº 13.300/2016 tratou sobre o tema, aplicando a corrente concretista individual intermediária. Logo, caso o magistrado reconheça a omissão legislativa, será emitida a ordem para que o órgão competente edite a norma regulamentadora em um prazo razoável determinado pelo julgador.

Após esse prazo, no caso de o impetrado não suprir a omissão, o juiz ou Tribunal deverá estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados; ou se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los.

O juiz ou Tribunal não precisará fixar prazo pra suprir a lacuna e já poderá passar direto para a segunda etapa, estabelecendo as condições, caso fique comprovado que já houve outro(s) mandado(s) de injunção contra o impetrado e que ele deixou de suprir a omissão no prazo que foi assinalado nas ações anteriores.

Nesse sentido, em regra, a Lei nº 13.300/2016 determina a adoção da corrente concretista intermediária (art. 8º, I, LMI). Caso o prazo para a edição da norma já tenha sido dado em outros mandados de injunção anteriormente propostos por outros autores, o Poder Judiciário poderá veicular uma decisão concretista direta (art. 8º, parágrafo único, LMI).

Quanto à eficácia subjetiva, a lei nº 13.300/2016 adotou, em regra, a corrente individual. No mandado de injunção individual, em regra, a decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes (art. 9º, LMI). No mandado de injunção coletivo, em regra, a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante (art. 13, LMI).

A Lei nº 13.300/2016 afirma que, excepcionalmente, poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração (art. 9º, § 1º, LMI). Essa possibilidade se aplica tanto para o MI individual como para o coletivo (art. 13, LMI).

A Lei nº 13.300/2016 prevê a possibilidade de ser proposta ação de revisão da decisão concessiva do mandado de injunção. Sem prejuízo dos efeitos já produzidos, a decisão poderá ser revista, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das

circunstâncias de fato ou de direito. A ação de revisão observará, no que couber, o procedimento estabelecido nesta Lei.

CONCLUSÃO

O mandado de injunção é um instrumento que visa garantir a eficácia da Constituição Federal. É o remédio constitucional que objetiva assegurar a máxima efetividade dos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos. No ordenamento jurídico brasileiro, o mandado de injunção teve sua primeira previsão constitucional na Constituição Federal de 1988, cuja redação dispõe que o referido instrumento poderá ser utilizado quando houver ausência de norma regulamentadora de modo a tornar inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como o exercício de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, conforme preleciona o art. 5º, LXXI, da CRFB/88.

O mandado de injunção visa combater a síndrome da ineficácia das normas constitucionais. Ao longo do texto constitucional, existem diversos direitos que para serem efetivados dependem de uma norma regulamentadora infraconstitucional. Caso esta lei não exista, os cidadãos ficam impedidos de gozar seus direitos assegurados pela própria Constituição. Por essa razão, a Carta Magna previu mecanismos para garantir a total efetividade de seus dispositivos, exemplo disso é o remédio constitucional conhecido por mandado de injunção.

O presente *mandamus* é uma ação que objetiva tornar um direito individual constitucional que era abstrata em concreto, para que ele possa produzir todos seus efeitos jurídicos, agora havendo norma que o regule.

Vale destacar que todas as normas constitucionais tem força normativa, ou seja, todas possuem alguma eficácia. Ocorre que o grau de eficácia das normas pode variar. Existem normas com eficácia plena, que são as normas que possuem aplicabilidade imediata e não precisam de outra norma que as regule; normas de eficácia contida, que são as normas que possuem eficácia imediata, porém podem ter seus efeitos reduzidos por outra lei; e as normas de eficácia limitada, que é a norma que tem aplicabilidade mediata e para que produza seus efeitos, é imprescindível a edição de uma lei regulamentadora. Esta última é a mais explorada neste trabalho, em razão dela ser objeto do mandado de injunção.

O mandado de injunção surgiu da necessidade, no Estado contemporâneo, de existir um instrumento capaz de afastar as omissões inconstitucionais. Assim, inconstitucionalidade é a

desconformidade com a Constituição. Pelo princípio da supremacia, todas as normas devem coadunar com princípios e dispositivos constitucionais. A inconstitucionalidade legislativa é apenas um tipo de inconstitucionalidade, e pode ocorrer em atos comissivos ou omissivos. Desta forma, a ausência de norma regulamentadora prevista na Constituição, caracterizada pela inércia do Poder competente para legislar, é uma inconstitucionalidade por omissão.

Diante das considerações apresentadas neste trabalho, a jurisprudência brasileira tem buscado encontrar subterfúgios para garantir o maior alcance da efetividade do direito material. O Supremo Tribunal Federal, inicialmente, assumia uma posição conservadora, conhecida por não concretista, em que, ao decidir o mandado de injunção, apenas declarava a mora do legislativo, tornando esta decisão muitas vezes ineficaz. Assim, essa decisão da Corte não garantia um resultado concreto ao autor da ação.

No entanto, recentemente, a Suprema Corte tem avançado no seu entendimento, e adotado uma posição concretista, para garantir a efetividade dos direitos invocados, tentando sanar a ausência da norma regulamentadora. Ademais, os recentes julgados do Supremo Tribunal Federal demonstram que a função precípua do mandado de injunção está sendo atingida, que é tornar viável o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais.

Finalmente, com esse novo posicionamento, pode-se concluir que os preceitos constitucionais estão prevalecendo na ordem jurídica. Percebe-se uma maior preocupação com a efetividade dos direitos e liberdades constitucionais, proporcionando uma vida mais digna aos cidadãos. Desta forma, a sociedade em geral se beneficia, uma vez que seus direitos que anteriormente estavam minguados, agora poderão ser realmente concretizados.

REFERÊNCIAS

ANASTACIO, Rachel Bruno. **Mandado de Injunção**: Em Busca da Efetividade da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BACHA, Sergio Reginaldo. **Mandado de Injunção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BARBI, Celso Agrícola. Mandado de injunção. **Revista dos tribunais**. São Paulo, v. 637, p. 9, nov. 1998.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira (colligidos e ordenados por Homero Pires)**. São Paulo: Saraiva, 1933. v.2.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis (1949)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. Mandado de Injunção nº 232, Tribunal Pleno, Centro de Cultura Prof. Luiz Freire X Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em 02/08/1991, **DJ** 27-03-1992 PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+232%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+232%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cue4ggf>>. Acesso em: 07 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção coletivo – impetração deduzida por confederação sindical – possibilidade. Mandado de Injunção nº 472/DF, Tribunal Pleno. Confederação Nacional da Agricultura X Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. **DJU**, 02.03.2001, p.3. Disponível em
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+472%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+472%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aqzcqrk>>. Acesso em: 07 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção. Juros reais. Mandado de Injunção nº 323, Tribunal Pleno. Irconso Materiais para construção e outro X Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. julgado em 08/04/1994, **DJ** 09-12-1994 PP-34080 EMENT VOL-01770-01 PP-00037. Disponível em
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+323%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+323%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b754saq>>. Acesso em: 07 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção. Estabilidade de servidor público militar. Mandado de Injunção nº 107, Tribunal Pleno. Jose Emidio Teixeira Lima X Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. julgado em

21/11/1990, **DJ** 02-08-1991 PP-09916 EMENT VOL-01627-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-01 PP-00001. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+107%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+107%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6htbp8>>. Acesso em: 07 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não. - em face dos textos da constituição federal relativos ao mandado de injunção. Mandado de Injunção nº 107/DF, Tribunal Pleno. José Emídio Teixeira Lima X Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves. Data de Julgamento: 23/11/1989, Tribunal Pleno, Data de Publicação: **DJ** 21-09-1990 PP-09782 EMENT VOL-01595-01 PP-00001. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+107%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+107%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6htbp8>>. Acesso em: 07 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA.

Mandado de Injunção nº 721, Tribunal Pleno. Maria Aparecida Moreira X Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 **DJ** 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+721%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+721%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bfv89na>>. Acesso em: 07 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

Mandado de injunção nº 712, Tribunal Pleno. Sindicato Dos Trabalhadores Do Poder Judiciário Do Estado Do Pará - Sinjep X Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. julgado em 25/10/2007, **DJe**-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+712%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+712%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b65dvds>>. Acesso em: 07 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA.

Mandado de Injunção nº 721, Tribunal Pleno. Maria Aparecida Moreira X Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 **DJ** 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+721%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+721%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bfv89na>>. Acesso em: 07 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental. Mandado de injunção.

Aposentadoria especial do servidor público. Artigo 40, § 4º, III, da constituição da república. Mandado de Injunção nº 1231, Tribunal Pleno. Wanderley Calazans X Presidente da República e outro. Relator: Min, Ricardo Lewandowski. Julgado em 16/11/2011, Acórdão

Eletrônico **DJe-228** DIVULG 30-11-2011 PUBLIC 01-12-2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+1231%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+1231%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bs5a5yf>>. Acesso em: 07 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. Garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso VII) Mandado de Injunção nº 708, Tribunal Pleno. SINTEM - Sindicato Dos Trabalhadores Em Educação Do Município De João Pessoa X Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. julgado em 25/10/2007, **DJe-206** divulg 30-10-2008 public 31-10-2008 ement vol-02339-02 pp-00207 rtj vol-00207-02 pp-00471. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+708%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+708%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/chjgwcv>>. Acesso em: 07 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não. Mandado de Injunção nº 107, Tribunal Pleno. José Emidio Teixeira Lima X Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em 23/11/1989, **DJ** 21-09-1990 pp-09782 ement vol-01595-01 pp-00001. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+107%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+107%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6htbp8>>. Acesso em: 07 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. Mandado de injunção nº 232, Tribunal Pleno. Centro De Cultura Prof Luiz Freire X Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. julgado em 02/08/1991, **DJ** 27-03-1992 PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+232%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+232%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cue4ggf>>. Acesso em: 07 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1 Mandado de Injunção. Art. 5º, LXXI da Constituição do Brasil. Concessão de efetividade à norma veiculada pelo artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil. Mandado de Injunção. Mandado de Injunção nº 712, Tribunal Pleno. Sindicato Dos Trabalhadores Do Poder Judiciário Do Estado Do Pará - SINJEP X Congresso Nacional, Relator: Min. Eros Grau. julgado em 25/10/2007, **DJE-206** divulg 30-10-2008 public 31-10-2008 ement vol-02339-03 pp-00384. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+712%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+712%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b65dvds>>. Acesso em: 07 maio 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador:** Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. **As garantias do cidadão na justiça.** Coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

COOLEY, Thomas M. **A treatise on the Constitutional Limitations**. Boston: Little, Brown, and Company, 1890.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995.

HENRIQUES, Giudice Batista. Direito Constitucional. A nova interpretação do mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Centro de Estudos Judiciários: CEJ**, Brasília, v.14, n. 48, p. 14-25, jan/mar. 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de Injunção. São Paulo: **Revista de Processo**, v. 14, nº 56, p. 110-121, out./dez. 1989.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Remédios Constitucionais**. São Paulo: Manole, 2004.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de Injunção: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas, jurisprudência**. 2 ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PFEIFFER, Roberto Augusto Catellanos. **Mandado de Injunção**. São Paulo: Atlas, 1999.

PINTO, Tácito L. Maranhão. **O Mandado de Injunção: Trajetória de um Instituto**. São Paulo: LTr, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3. tir. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Mandado de Injunção e Habeas Data**. São Paulo: RT, 1989.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: São Paulo, 2010.

TEIXEIRA, Carlos Geraldo. Mandado de injunção: Novas perspectivas diante da evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 27, p. 33-49, abr. 2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **A construção de uma Garantia Constitucional: Compreensão da Suprema Corte quando ao Mandado de Injunção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.