

O MANDADO DE INJUNÇÃO: UM REMÉDIO CONSTITUCIONAL PARA COMBATER A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

CRISTINA AP. DA SILVA¹
TATIANA STROPPIA²

RESUMO:

Um remédio constitucional que deveria trazer eficácia aos direitos e liberdades constitucionais e às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cujo gozo e fruição ficaram condicionados a uma complementação infraconstitucional.

Assim, diante da omissão do legislador e do executivo na efetivação desses direitos a utilização do mandado de injunção é essencial. Porém, a implementação de tão importante instituto vem sendo vagaroso e conservadora.

Analisa-se, então, os motivos dessa postura do Judiciário e as opiniões dos diversos doutrinadores constitucionais. O intuito desse trabalho é discutir e trazer a baila como tornar o próprio mandado de injunção mais eficaz. Demonstrar os contrastes entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, bem como abordar, de forma panorâmica, o ativismo judicial e a evolução do Supremo Tribunal Federal em suas decisões que envolvem essa temática.

PALAVRAS-CHAVE: omissão inconstitucional; normas constitucionais de eficácia limitada; remédio constitucional.

1. NOÇÕES GERAIS:

A palavra Injunção³ vem do latim (*injunctio*, *onis*) que significa “ordem formal, imposição”. Procede de *INJUGERE* (mandar, ordenar, impor uma obrigação). A palavra⁴ surge em nossa Constituição por iniciativa do constituinte senador Virgílio Távora, sendo aprovada pela comissão de sistematização e logo após pelo plenário.

Acerca da origem do instituto brasileiro do mandado de injunção, encontra-se na doutrina, séria controvérsia a respeito. Alguns autores mencionam a *injunctio* do Direito britânico. Pelas diferenças (especialmente o fundamento) que este instituto apresenta, contudo, quanto ao brasileiro, seria de afastar

¹ Aluna do 4º ano do Curso de Direito da Faculdade Iteana de Botucatu, estagiária concursada da Procuradoria do Estado de São Paulo de Botucatu, área regional de Botucatu/SP.

² Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Professora de Direito Constitucional do Centro Universitário de Bauru e da Faculdade Iteana de Botucatu. Advogada.

³ Site: <http://www.profpito.com/gd4.html>

⁴ http://pt.wikipedia.org/wiki/Mandado_de_injun%C3%A7%C3%A3o

qualquer referência a ele. Há quem indique a *injunction* norte-americana. Aqui, igualmente, as diferenças são substanciais.⁵

Razão assiste a ROBERTO PFEIFFER ao assinalar que o mandado de injunção da Constituição de 1.988 é um instituto tipicamente nacional, sendo as semelhanças com outros institutos de Direito estrangeiro insuficientes para destes pretender decorrer o *writ* brasileiro em sua específica formatação.

Outros autores apontam suas raízes nos instrumentos existentes no velho Direito português, com a única finalidade de advertência do Poder competente omissis. Apesar das raízes históricas do direito anglo-saxão, o conceito, estrutura e finalidades da *injunção* norte-americanos ou dos antigos instrumentos lusitanos não correspondem à criação do mandado de injunção pelo legislador constituinte de 1988, cabendo, portanto à doutrina e à jurisprudência pátrias a definição dos contornos e objetivos desse importante instrumento constitucional de combate à inefetividade das normas constitucionais que não possuam aplicabilidade imediata⁶.

2. EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS:

Todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia jurídica. O que as difere é o grau dessa eficácia, que poderá variar conforme o seu enunciado.

2.1. Normas de eficácia plena⁷:

São as normas da constituição que apresentam uma aplicabilidade *direta, imediata e integral*.

Direta por não dependerem de legislação posterior para sua inteira operatividade.

Imediata por estarem aptas a produzir, desde sua entrada em vigor, seus efeitos essenciais.

Integral por serem insusceptíveis de sofrer restrições em seu âmbito de aplicação, o que não significa a impossibilidade de regulamentação dos interesses nela consagrados.

2.2. Normas de eficácia contida:

Também conhecidas como normas de eficácia redutível ou restringível, possuem aplicabilidade imediata, direta, mas possivelmente não integral.

⁵ Para um estudo sobre o assunto: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, *Mandado de Injunção*, p. 31. Pela proximidade dos institutos mencionados: Marcelo Figueiredo, *Mandado de Injunção*, p.29-32.

⁶ Cf. sobre injunção no direito comparado e origem do instituto: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas, 2000 p. 44

⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David ;NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008 pg.20-22

Enquanto não for elaborada a norma restritiva, terão aplicabilidade integral, produzindo os mesmos efeitos de uma norma de eficácia plena.

Como exemplo, pode-se mencionar a norma que consagra a liberdade de exercício profissional (art. 5º, XIII). Enquanto não for criada uma lei estabelecendo as qualificações indispensáveis ao exercício de um determinado trabalho, ofício ou profissão, qualquer um poderá exercê-los.

2.3. Normas de eficácia limitada:

São normas cuja aplicabilidade é mediata, indireta e reduzida.

Dependem da emissão de uma normatividade futura (mediata), em que o legislador, integrando-lhes a eficácia mediante lei (indireta), dê-lhes capacidade de execução dos interesses visados.

São, portanto normas de *aplicabilidade mediata e reduzida*, dividindo-se em dois grandes grupos: a) *normas de eficácia limitada declaratórias de princípios institutos ou organizativos*: normalmente criam órgãos (art.91, 125, § 3º, 131); b) *normas declaratórias de princípios programáticos*: veiculam programas a serem implantados pelo Estado. (ex. art. 196, 215, 218, caput).

Nelas reside o ponto principal da nossa apresentação.

3. PREVISÃO CONSTITUCIONAL

O mandado de injunção⁸ é uma das novidades trazidas pela Constituição de 1988. É cabível sempre que existe a falta (omissão) de norma reguladora que torne inviável o exercício de direitos constitucionais. Refere-se, portanto à denominada “mora legislativa”.

Vem previsto constitucionalmente nos seguintes termos: “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” (nc. LXXI do art. 5º).

A norma refere-se à soberania popular (e não à soberania estatal), constante do parágrafo único do art. 1º e do art. 14. Entende-se que o dispositivo que prevê o mandado de injunção é auto-aplicável, utilizando-se, no que couber, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal⁹, o rito do mandado de segurança.

⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. rev..e atual.São Paulo: Saraiva, 2008 P.938.

⁹ Assim: STF, Pleno. Questão de Ordem de Mandado de Injunção n.107, rel. Min. Moreira Alves, j. 23-11-1989, *DJ*, 21 de set. 1990, p. p.9782. É também a posição da doutrina: Luiz Alberto de Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de Direito Constitucional*, p. 123.

4. CONCEITO

O mandado de injunção¹⁰ é uma ação judicial, de berço constitucional, com caráter especial, que objetiva combater a morosidade do poder público em sua função legislativo-regulamentadora, entendida em sentido amplo, para que se viabilize assim o exercício concreto de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionalmente previstos.

De que maneiras, esse remédio procura sanar? E qual é o objetivo do legislador ao instituir tal remédio, a partir dessas considerações levantas, entenderemos a utilidade prática desse instituto.

É medida processual especial, ação constitucional, que suscita o controle sobre atuação omissiva de órgãos de quaisquer Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), assegurando eficácia a direitos públicos subjetivos emanados da Constituição, desde que 'a falta de norma regulamentadora,' como ali está expresso, "torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania." (1991, p. 131)

Diante, de tal explicação, é pontuado que podem existir omissões em qualquer um dos poderes, não somente o legislativo. Embora, talvez se acredite que aparentemente é só para suprir inércia e omissão legislativa, na verdade o constituinte foi além, e tentou ampliar o remédio para os outros poderes.

O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa ao combate à síndrome da inefetividade.

O intuito do legislador é claro, tentar omitir e sanar a omissão, mas será que isso vem ocorrendo de fato no mundo do ser e na praxe jurídica?

O Supremo Tribunal Federal decidiu de forma unânime pela auto-aplicabilidade do mandado de injunção, independentemente de edição de lei regulamentando-o, em face do art. 5, § 1º, da CF/88, que determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata¹¹.

¹⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. rev..e atual.São Paulo: Saraiva, 2008 P.938-948

¹¹ STF - Mandado de injunção 107 (foi o primeiro a ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal)- Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I ,21 set. 1990, p. 9.782. É também a posição da doutrina: Luiz Alberto Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, Curso de Direito Constitucional, pg. 123.

Dessa forma, assim como o ADI por omissão (falaremos mais tarde novamente sobre esse instituto no item 13), o mandado de injunção surge para “curar” uma “doença” denominada **síndrome de inefetividade das normas constitucionais**, dessa forma, para o desenvolvimento humano e garantia fundamental é importantíssima essa eficácia, para aplicabilidade social.

Cabe ressaltar, que as normas constitucionais que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional.

5. OBJETO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

As normas constitucionais¹² que permitem o ajuizamento do mandado de injunção assemelham-se as da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público, mas tão-só em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo de caráter impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade. Assim, sempre haverá a necessidade de lacunas na estrutura normativa, que necessitem ser colmatadas por leis ou atos normativos (por exemplo, as operações interestaduais - CF, art. 155, § 2º)

Como identificar a omissão, qual o remédio adequado? Em que casos devem se utilizar o MI? E que confusão é comum, que os acadêmicos e outros, fazem com o MI e a Adin por omissão?

Não caberá¹³, portanto, mandado de injunção para, sob alegação de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional, pretende-se a alteração de lei ou ato normativo já existente, supostamente incompatível com a constituição ou para exigir-se certa interpretação à aplicação da legislação infraconstitucional, ou ainda para pleitear uma aplicação “mais justa” da lei existente.

Isso é importante destacar, porque a constituição é bem clara, que é na omissão e não de alteração, de lei já existente.

Da mesma forma¹⁴, não cabe mandado de injunção contra a norma constitucional auto-aplicável, ou norma constitucional que configure autorização para o legislador, em opção político-legislativa, de criar exceções a determinadas regras previstas e auto- aplicáveis.

De certo, que o legislador de maneira alguma providenciaria um remédio para algo que já possui “cura”, ou seja, se aplicabilidade é imediata, não tem aparato legal, instituir o MI é óbvio, que não cabe aplicação, em tal hipótese.

¹² TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008 P.938-948

¹³ Idem ao anterior

¹⁴ Idem ao anterior

6. REQUISITOS E PRESSUPOSTOS:

Após analisarmos alguns apontamentos iniciais e esclarecermos a importância desse instituto é viável nesse momento efetuar e pontuar os requisitos para a aplicabilidade do Mandado de injunção são elas:

- Previsão a um direito pela Constituição,
- Necessidade de uma regulamentação que torne esse direito exercitável;
- Falta de um norma que implemente tal regulamentação,
- Inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalização, à soberania e à cidadania
- O mandado de injunção pressupõe a existência de nexo de causalidade entre a omissão normativa do Poder Público e a inviabilidade do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa¹⁵.

Portanto, é cabível o remédio somente em casos de dois pressupostos: existência de um direito constitucional de quem o invoca; e, impedimento de exercê-lo em virtude da ausência de norma regulamentadora.

7. LEGITIMIDADE ATIVA

Quanto a Legitimidade, quem são os legitimados para sanar a omissão do mandado de injunção? E algumas considerações que o STF, tem aplicado o mandado de injunção coletivo.

O mandado de injunção poderá ser ajuizado por qualquer pessoa física ou jurídica cujo exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional esteja sendo inviabilizado em virtude da falta de norma reguladora da Constituição Federal¹⁶. Anota-se que apesar da ausência de previsão expressa da constituição Federal, é plenamente possível o mandado de injunção coletivo¹⁷(falaremos mais adiante no item 15.), tendo sido reconhecido a legitimidade para as associações de classe devidamente constituídas.

8. LEGITIMIDADE PASSIVA

¹⁵ STF-RT 659/213.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 126

¹⁷ STF- Mandado de Injunção nº 361-1 – Diário de Justiça, Seção I, 17 jun. 1994, p. 15.707. Ementa: “Mandado de Injunção coletivo, admissibilidade por aplicação analógica do art. 5, LXX, da Constituição; legitimidade, no caso, de entidade sindical de pequenas e médias empresas, as quais, notoriamente dependente de crédito bancário, tem interesse comum na eficácia do art. 192§3º da CF/88, que fixou limites aos juros reais” (ressalta-se que a previsão do §3º do art.192, foi revogada pela EC nº 40, de 29 de maio 2003).

Já observado em considerações anteriores a legitimidade ativa, verificaremos quem serão os sujeitos passivos que poderá ser aplicados no mandado de injunção.

O sujeito passivo será a pessoa estatal que tenha o dever de elaborar a norma regulamentadora.¹⁸ Porém, caso a decisão produza algum efeito concreto, aquele que for atingido por ela também terá legitimidade passiva.

Entretanto, há o entendimento de que os particulares não se revestem de legitimidade passiva, *ad causam* para o processo injuncional, pois não lhes compete o dever de emanar as normas reputadas essenciais ao exercício do direito vinculado pelos impetrantes.¹⁹ Somente ao Poder Público é imputável o encargo constitucional de emanção de provimento normativo para dar aplicabilidade à norma constitucional.

Concordamos com a doutrina, e para corroborar com esse entendimento destacamos o posicionamento majoritário.

Em conclusão, o posicionamento majoritário diz que somente pessoas estatais podem figurar no pólo passivo da relação processual instaurada com a impetração do mandado de injunção.²⁰

Dessa forma, em tese a natureza jurídico-processual do instituto não permite a formação de litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo, entre particulares e entre estatais.²¹ Segundo entendimentos de nossos tribunais superiores já se manifestaram sobre o assunto.

E cabível alguns esclarecimentos quando a quem deve ser dirigido o mandado? A Constituição é clara desse sentido, convém analisarmos o texto legal. Se a omissão legislativa federal? Onde se deve ajuizar o Mandado de injunção?

Ressalta-se que se a omissão for legislativa federal, o mandado de injunção deverá ser ajuizado em face do Congresso Nacional, salvo se a iniciativa da lei for privativa do Presidente da República (CF, 61§ 1º), quando

¹⁸ STF-Agravo de Regimental nº 335-1 Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 de jun. 1994, p. 15.720, STF-Mandado de Injunção nº 502-8- Rel. Min. Mauricio Correa, *Diário da Justiça*, Seção I, p. 12.211.

¹⁹ STF – Mandado de Injunção nº 288-6/DF- Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 de maio 1995, p. 11.629.

²⁰ STF –Mandado de Injunção nº 335 (AgRg) –Rel.Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 de dez. 1994. No mesmo sentido : DANTAS, Ivo. *Mandado de Injunção*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994; TEMER Michael, *RPGESE* 30/13. Contra esse posicionamento, entendendo que o sujeito passivo deve ser pessoa pública ou privada, qual compete tornar viável a pretensão: PIOSEVAN, Flávia. Op. cit. p.128, BERMUDEZ, Sérgio. *O Mandado de Injunção*. RT 642/24, MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 99

²¹ STF-Mandado de Injunção nº 288-6/DF-Rel. Min.Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 de maio 1995, p. 11.629, STF –Mandado de Injunção nº 335 (Ag.Rg.)-Rel.Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, seção I, 19 de dez.1994

então o mandado de injunção deverá ser ajuizado em face do Presidente da República, nunca do Congresso Nacional.²²

9. PROCEDIMENTO

No mandado de injunção, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica, conforme determina o art. 24 da Lei 8.038/90. Importante ressaltar, porém, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se pacificou pela impossibilidade da concessão de medida liminar por ser imprópria ao instituto do mandado de injunção.²³

Regimentalmente, no Superior Tribunal de Justiça o mandado de injunção terá prioridade sobre os demais atos judiciais, salvo o *habeas corpus*, mandado de segurança e o *habeas data*.

10. COMPETÊNCIA

O mandado de injunção é um instrumento de controle concreto de constitucionalidade (processo constitucional subjetivo), mas nem todo juiz ou tribunal tem competência para processá-lo e julgá-lo (controle difuso limitado).

A competência²⁴ vem prevista nos art.102 I, “q”, 102, II, “a”, 105, I, “h”, 121,§ 4º,V e 125,§1º:

- **102, I. “q”**: Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originalmente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio STF;
- **102, II, “a”**: Compete ao STF processar e julgar em recurso ordinário o mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores se denegatória a decisão;
- **105, I “h”**: Compete ao STJ processar e julgar, originalmente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade

²² STF-Pleno –AgRg em MI153-7/DF-Rel. Min. Paulo Brossard, *Diário da Justiça*, seção I, 30 de mar.1990, p.2.339

²³ STF-Mandado de Injunção nº 536-2/MG –Rel.Min. Ilmar Galvão, *diário da justiça*, Seção I, 17 abr.1996; STF –Mandado de Injunção nº 530-3/SP –Rel. Min. Mauricio Correa, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 de mar.1996, p.6.246/7; STF-Mandado de Injunção nº 342/SP, Rel. Min.Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 mar.1996, p.7.085. **Contra**, admitindo a possibilidade de liminar em mandado de injunção : SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 279.

²⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva 2008.

federal, da administração direta o indireta , executados os casos de competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

- **121,§ 4º, V:** Competência atribuída ao TSE para julgar em grau de recurso mandado de injunção denegado pelo TRE;
- **125,§ 1º:** Estabelece que os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos na CF, sendo a competência dos tribunais definida na Constituição do Estado. No Estado de São Paulo, o mandado de injunção contra autoridades estaduais e municipais é da competência originária do TJ (art. 74 V, da CE/SP vide RJTJSP 176/92).

11. PROCEDIMENTO E EFEITOS DA DECISÃO

O mandado de injunção previsto constitucionalmente, já decidiu o STF, é auto-aplicável, sendo adotado, analogicamente e no que couber, o rito do mandado de segurança (parágrafo único da Lei 8.038/90).

No tocante aos efeitos da decisão, tanto a doutrina como a jurisprudência são controvertidas. Valendo-nos de interessante compilação jurisprudencial realizada por Alexandre Moraes, expomos a posição do STF²⁵:

Posição concretista geral: através de normatividade geral, o STF legisla no caso concreto, produzindo a decisão efeitos *erga omnes* até que sobrevenha norma integrativa pelo Legislativo (posição até então não aceita, mas mais atual à partir de agora);

Posição concretista individual direta: a decisão implementa o direito, valerá somente para o autor do mandado de injunção, diretamente;

Posição concretista individual intermediária: julgando procedente o mandado de injunção, o judiciário fixa o Legislativo prazo para elaborar a norma regulamentadora. Findo o prazo e permanecendo a inércia do Legislativo, o autor passa a ter assegurado o seu direito;

Posição não Concretista: a decisão apenas decreta a mora do poder omissor, reconhecendo-se formalmente a sua inércia.

A posição **não concretista**, por muito tempo, foi a dominante no STF (vide MI 107-DF).

²⁵ *Direito constitucional*, cit p.170-174, baseado-se no pronunciamento do Ministro Néri da Silveira, ata 7ª .sessão extraordinária do STF, realizada em 16.03.1995 e publicado no DJ. Seção I ,04.04.1995 p. 8265. – LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**.13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 299. pg.740-741

Este posicionamento sofreu as nossas críticas, na medida em que se tornaria inviável o exercício de direitos fundamentais, na persistência da inércia legislativa. A providência jurisdicional, nestes termos, torna-se **inócua**.

Avançando, o STF adotou alguns casos de posição concretista individual intermediária, que corresponde à do Ministro Néri da Silveira, corroborada por Alexandre Moraes, qual seja, fixar um prazo e comunicar o Legislativo omisso para que ele elabore a norma naquele período. Decorrido *in albis* o prazo fixado, o autor passaria a ter o direito pleiteado (efeitos *inter partes*). É a que os parece melhor e se coaduna com os princípios constitucionais (vide MI 232-1-RJ, RDA 188/155).

Dependendo da situação, contudo, já alertávamos em edições anteriores que, se passado período de tempo desarrazoado para que o legislativo suprisse o *silêncio legislativo*, o STF já poderia, mesmo sem conceder prazo, de imediato regulamentar o direito violado.

No voto do Ministro Marco Aurélio, no **MI 721/DF**, que pretendia fosse suprida a inércia em relação ao art. 40, § 4º, a fim de viabilizar o exercício do direito à aposentadoria especial, salientando o caráter **mandamental** e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, asseverou que **cade** ao Judiciário, por força do disposto no art.5º, LXXI e seu § 1º, da CF, não apenas emitir a certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdade constitucionais, a prerrogativa inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas **viabilizar, no caso em concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador**. Após pediu a vista dos autos o Min. Eros Grau” (MI 721/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 27.09.2006, *Inf.445/STF*).

Em 30.08.2007, por unanimidade, o Pleno do STF acompanhou o voto do ministro-relator, Marco Aurélio, para deferir ao impetrante o direito à aposentadoria, nos termos do art.57 da Lei n. 8.213/91, que dispõe sobre planos de benefícios da Previdência Social.²⁶

No julgamento do MI 695/MA, que questionava a mora do Legislativo em regulamentar o art. 7º, XXI, da CF/88 (*aviso prévio proporcional*), o STF reconheceu que, “... não fosse o pedido da inicial, limitado a requerer a comunicação ao órgão competente para a imediata regulamentação da norma, seria talvez a **oportunidade de reexaminar a posição do Supremo em relação à natureza e à eficácia do mandado de injunção, nos termos do que vem decidido no MI 670/ES**” (v. *Inf. 430/STF* e MI 695/MA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 1º.03.2007, *Inf.457/STF*)²⁷

Por fim, destacamos o julgamento dos **MIs 670, 708 e 712**, ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do

²⁶ Em igual sentido, cf. **MI 758**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01.07.2008, *DJE* de 26.09.2008.

²⁷ Na mesma linha dessa tendência, cf.: MI 232-1, MI283-5, MI 670, MI 695, MI 712, MI 721.

Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep), buscando assegurar o direito de greve para seus filiados, tendo em vista a inexistência de lei regulamentando no art. 37, VII, da CF/88.

O STF, em importante decisão, por unanimidade, declarou a omissão legislativa e por maioria, determinou a aplicação, no que couber, da lei de greve vigente no setor privado, Lei n. 7.783/89.

Notadamente, a decisão da Corte foi sendo modificada com o entendimento e desenvolvimento das terias mencionadas. Atualmente a aplicação da lei não restringiu aos impetrantes, mas a todo o funcionalismo público. Assim, pode-se afirmar que o STF consagrou a **teoria concretista geral**.²⁸

12. PERSPECTIVAS DE UM “ATIVISMO JUDICIAL”

Sobre o ativismo judicial tecem comentários que o Judiciário, tem tomado a frente do Legislativo, ofendendo o princípio basilar dos poderes, no entanto a prática, tem tornado a inércia legislativa omissa e muito morosa, dificultando o desenvolvimento humano nessa linha, parece-nos que o Judiciário deva agir, para que não ocorram lesões desnecessárias.

Por todo o exposto, parece-nos que, diante da **inércia** não razoável do legislador, o Judiciário, em uma **postura ativista**, passa a ter elementos para suprir a omissão, conforme se nos verificaram vários exemplos, fazendo com que o direito fundamental possa ser realizado.

Não se pode admitir que temas tão importantes, como o direito de greve dos servidores públicos, por exemplo, possam ficar sem regulamentação por mais de 20 anos. O Judiciário, ao agir, realiza direitos fundamentais, e principalmente garante o desenvolvimento humano e, nesse sentido, as técnicas de controle das omissões passam a ter efetividade.

Naturalmente, saindo da inércia, a nova lei a ser editada pelo Legislativo deverá ser aplicada, podendo, é claro, no futuro, vir a ser, ainda, questionada no Judiciário.

Essa nova perspectiva não incentiva um Judiciário a funcionar como legislador positivo no caso da inexistência da lei, mas, havendo falta de lei e sendo a inércia desarrazoada, negligente e desidiosa, dentro dos limites das técnicas de controle das omissões, busca-se a efetivação dos direitos fundamentais, seja pelo mandado de injunção (MI), seja pela ação de inconstitucionalidade por omissão.

²⁸ Cf. MI 712 rel. Min. Eros Grau, MI 708, rel. Min. Gilmar Mendes, e MI 670, rel. p/ o ac .Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007, *Inf.* 485/STF.

13. CONTRASTE ENTRE MANDADO DE INJUNÇÃO X AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Para esclarecer as diferenças entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, indicamos a observação dos seguintes pontos:

- 1) Ação de Inconstitucionalidade por omissão só pode ser proposta pelas pessoas ou entidades arroladas no art. 103 da Constituição, por outro lado, a Mandado de Injunção pode ser ajuizado por qualquer pessoa que se encontra impossibilitada de exercer um direito constitucional pela falta de norma regulamentadora;
- 2) A Decisão proferida em sede da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão gera *efeitos erga omnes*, sendo que no Mandado de Injunção os efeitos gerados são, em regra, *inter partes*.

Dentre as várias distinções, Dirley da Cunha Júnior, em importante monografia sobre o tema das omissões do Poder Público observa que o “Mandado de Injunção” foi concebido como instrumento de controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão, voltado à tutela de direitos subjetivos. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi idealizada como instrumento de controle abstrato ou principal de inconstitucionalidade da omissão, empenhado na defesa objetiva da Constituição. Isso significa que “o mandado de injunção é uma ação constitucional de garantia individual, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação constitucional de garantia da constituição”.

14. QUAL O SENTIDO PRÁTICO DO MANDADO DE INJUNÇÃO?

Se o mandado de injunção não se presta para dar eficácia concretizadora aos direitos e liberdades para que então utilizá-lo?

Acompanhamos a reflexão proposta pelo autor português Canotilho (1993, p.367) sobre o real sentido do writ:

“Resta perguntar como o mandado de injunção ou ação constitucional de defesa perante omissões normativas é um passo significativo no contexto da jurisdição constitucional das liberdades. 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 em moldes normativos regras atuativas de direito 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 os seus objetivos”²⁹

Consideramos que a solução mais pertinente será comunicar ao poder competente a necessidade de elaboração da norma, caso este não o faça, caberá ao Judiciário se manifestar para que possa ser exercido o direito constitucional. Não entendemos que essa atitude afronte a teoria da separação dos poderes, prevista no artigo 2º, da Constituição Federal, pelo contrário reforça a idéia de harmonia e independência prevista no mesmo dispositivo, pois o Judiciário estaria no exercício de sua Jurisdição na forma mais ampla.

15. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO

O Supremo Tribunal Federal tem admitido o mandado de injunção de cunho coletivo, entendimento assentado por ocasião da análise do MI 20-4/DF: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, o que efetivamente amplia o desenvolvimento humano e social, o mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associações dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição” (Min.Rel. Celso de Mello, DJ de 22.11., Ementário 1.851/01). Contudo, entende pela “admissibilidade, por aplicação analógica do art. 5º LXX, da Constituição Federal”. E isso desde que o mandado de injunção não seja utilizado como sucedâneo do mandado de segurança. (MI 689/PB, j. 7.06.2006).

CONCLUSÃO

O mandado de injunção é uma importante ação de combate à inefetividade das normas constitucionais que não possuem aplicabilidade imediata. Como percebemos falta ainda algum procedimento, na prática falta regulamentação, é um instituto importante, porém de pouca efetividade prática.

O STF procura rever seu posicionamento, como já ocorreu ao apreciar o mandado de injunção referente ao direito de greve dos servidores. E procura aplicar esse instituto o mandado de injunção para um melhoramento das organizações humanas com aplicação mais imediata, e tentando extinguir a mora legislativa.

²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes (coord. Sálvio de Figueiredo Texeira). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 367.

Notadamente o STF vem modificando seu entendimento e adotando teorias, parece que até o momento a teoria adotada é da teoria concretista geral.

A solução mais pertinente, quanto à aplicabilidade do *writ*, será comunicar ao poder competente a necessidade de elaboração da norma, caso este não o faça, caberá ao Judiciário atuar (ativismo judicial) para que possa ser exercido o direito constitucional pleiteado.

Embora se comente que o Judiciário “toma” atitudes legislativas, na verdade, cabe ao outro poder, não ficar inerte no caso de uma omissão de outro poder. Para isso, o princípio de freios e contra pesos existe para melhor aplicabilidade e fiscalização.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes Júnior. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. revisão e atual. São Paulo: Saraiva, 2008 pg.203-207.

ARAGON, Célio da Silva. Mandado de Injunção. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/testo.asp?id=125>>. Acesso em 26 mar. 2010. Elaborado em 03.2000

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. 1º ed. pg.410-414

BERARDO, Caio Marco. **Estudos Esquemáticos de Direito Constitucional**. Curso Jurídico FMB. Pg-257-258

DUQUE, Bruna Lyra- **A ação constitucional do mandado de injunção: qual é o seu sentido prático?** Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/32573>. Acesso em: 08.03.2010

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. Saraiva. 3º ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009. pg.738-743

LUZ, Christian Machado da. Aspectos gerais e eficácia do mandado de injunção. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4169>. Acesso em: 8 mar. 2010.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 23. ed. Ed. Atlas. S.A. São Paulo: Atlas, 2008. pg. 168-179

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. – São Paulo: Método, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008 P.938-948