

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ - UESPI

VÂNIA LÚCIA DA SILVA NASCIMENTO

O MANDADO DE INJUNÇÃO E SEUS EFEITOS À LUZ DA NOVA  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Biblioteca UESPI PHB  
Registro Nº M977  
CDD 341.2744  
CÚTTER N 242m  
V \_\_\_\_\_ EX. 01  
Data 04 104 13  
Visto. [assinatura]

PARNAÍBA-PI

2013

1  
2  
3  
4  
5  
6  
7  
8  
9  
10  
11  
12  
13  
14  
15  
16  
17  
18  
19  
20  
21  
22  
23  
24  
25  
26  
27  
28  
29  
30  
31  
32  
33  
34  
35  
36  
37  
38  
39  
40  
41  
42  
43  
44  
45  
46  
47  
48  
49  
50  
51  
52  
53  
54  
55  
56  
57  
58  
59  
60  
61  
62  
63  
64  
65  
66  
67  
68  
69  
70  
71  
72  
73  
74  
75  
76  
77  
78  
79  
80  
81  
82  
83  
84  
85  
86  
87  
88  
89  
90  
91  
92  
93  
94  
95  
96  
97  
98  
99  
100

**VÂNIA LÚCIA DA SILVA NASCIMENTO**

**O MANDADO DE INJUNÇÃO E SEUS EFEITOS À LUZ DA NOVA  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada à banca examinadora da  
UESPI - Universidade Estadual do Piauí, como  
exigência parcial para obtenção do grau de  
bacharel em direito, sob a orientação do professor  
Danilo Cruz.

**PARNAÍBA-PI**

**2013**

Ficha Catalográfica elaborada pela Bibliotecária  
Christiane Maria Montenegro Sá Lins CRB/3 – 952

N244m

NASCIMENTO, Vânia Lúcia da Silva

O mandado de injunção e seus efeitos à luz da nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal / Vânia Lúcia da Silva Nascimento. – Parnaíba: UESPI – Universidade Estadual do Piauí, 2013.

48 f.

Orientador: Danilo Cruz

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) – Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Bacharelado em Direito, 2013.

I. Mandado de injunção. I. Cruz, Danilo. II. Universidade Estadual do Piauí. III. Título. CDDir 341.2744

VÂNIA LÚCIA DA SILVA NASCIMENTO

O MANDADO DE INJUNÇÃO E SEUS EFEITOS À LUZ DA NOVA  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

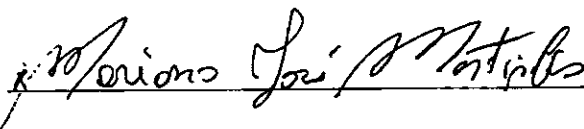
Monografia apresentada à banca examinadora da  
UESPI - Universidade Estadual do Piauí, como  
exigência parcial para obtenção do grau de  
bacharel em direito, sob a orientação do professor  
Danilo Cruz.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/2013

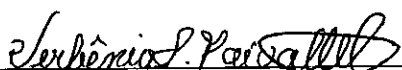
BANCA EXAMINADORA

  
\_\_\_\_\_

ORIENTADOR: Prof. Danilo Cruz.

  
\_\_\_\_\_

EXAMINADOR INTERNO

  
\_\_\_\_\_

EXAMINADOR EXTERNO

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente agradeço a Deus por permitir a realização deste trabalho. Aos meus pais por sempre me apoiarem e incentivarem em minha formação profissional. Agradeço à instituição de ensino UESPI, em especial ao meu orientador Danilo Cruz por me ajudar na conclusão árdua, porém gratificante, deste importante trabalho.

## RESUMO

O Mandado de Injunção surgiu com o advento da Constituição Federal de 1988, que implantou este novo instrumento como meio capaz de suprir as omissões legislativas concernentes a direitos e liberdades de cunho constitucional inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania quando inviabilizado por falta de norma regulamentadora, pressupondo assim um nexo de causalidade entre o direito e a omissão. Assim, o cidadão que se considerar titular de quaisquer direitos, liberdades ou prerrogativas previstas na Constituição e que estiverem inviáveis por falta de norma regulamentadora poderá se valer deste instrumento. Neste estudo a garantia injuncional será abordada em seus múltiplos aspectos. Desde sua origem histórica com influência do direito inglês, passando por suas características, natureza jurídica, legitimados, sua diferença com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, as divergências doutrinárias, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e principalmente a evolução alcançada por este relevante dispositivo trazido na Carta Magna. O Pretório Excelso com a oxigenação de seus membros nos últimos anos fez com que o mandado de injunção alcançasse os efeitos tão esperados pela esmagadora doutrina brasileira. Nesse sentido, após longa pesquisa doutrinária e jurisprudencial, o presente estudo busca mostrar o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente a este remédio constitucional.

**Palavras-chave:** Mandado de Injunção, Efeitos, Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

The Writ of Injunction emerged with the advent of the Federal Constitution of 1988, which implemented this new instrument as a means capable of meeting the legislative omissions concerning the rights and freedoms of a constitutional nature inherent to nationality, sovereignty and citizenship when prevented by lack of standard regulatory, thus assuming a causal link between law and omission. Thus, the citizen has to consider holder of any rights, liberties or privileges of the Constitution and which are unfeasible for lack of a regulatory provision can take advantage of this instrument. In this study the security injuncional will be addressed in its many aspects. From its origins with historical influence of English law, through its characteristics, legal, legitimate, its difference with the direct action of unconstitutionality by omission, doctrinal disagreements, the positioning of the Supreme Court and especially the progress achieved by this device relevant brought in the Magna Carta. The Praetorium Exalted with the oxygenation of its members in recent years has made the injunction achieve the effects as expected by the vast Brazilian doctrine. Accordingly, after a long search doctrine and jurisprudence, this study seeks to show the current position of the Supreme Court against this constitutional remedy.

**Key words:** Writ of Injunction, Effects, Decisions by the Supreme Court.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	7
CAPÍTULO I - CONTEXTO HISTÓRICO .....	9
CAPÍTULO II - O MANDADO DE INJUNÇÃO E SEUS EFEITOS À LUZ DA NOVA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	13
CAPÍTULO III - A EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO .....	16
CAPÍTULO IV - NATUREZA JURÍDICA DO MANDADO DE INJUNÇÃO .....	21
214.1 O Princípio das Separação dos Poderes e a Nova Dogmática Constitucional: Uma Melhor Interpretação para Garantir o Estado Democrático de Direito. ....	22
CAPÍTULO V - DIFERENÇA ENTRE MANDADO DE INJUNÇÃO E AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO .....	25
CAPÍTULO VI - PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS .....	28
6.1 Objeto .....	29
6.2 Legitimidade Ativa e Passiva.....	29
6.3 Procedimento Aplicável.....	30
6.4 O Caráter Transitório do Mandado de Injunção .....	31
6.5 Competência para Julgamento .....	31
CAPÍTULO VII - DECISÃO E SEUS EFEITOS .....	33
7.1 Posição não Concretista .....	34
7.2 Posição Concretista .....	35
CAPÍTULO VIII - A EVOLUÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO AOS EFEITOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO .....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	47

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal é o texto máximo que compõe o ordenamento político e social de um país. É nela que estão assegurados os valores mais importantes de uma Nação. Ao elaborar seu texto, o legislador constituinte elencou quais direitos seriam exercidos de imediato e quais aqueles dependeriam de outra norma para garantir seu exercício. Assim, as normas constitucionais foram classificadas de acordo com a sua eficácia.

Apesar dessa classificação, o que mantém sempre resguardado de uma carta política é que suas normas devem garantir sua máxima eficácia, mesmo que dependa de uma lei infraconstitucional para garantir seu exercício. A demora do exercício de um direito constitucional pelo cidadão por causa da omissão legislativa prolongada é uma afronta à dignidade da pessoa humana e ao Estado Social Democrático de Direito. O que a torna uma Constituição viva, é um texto com plena aplicabilidade e garantia de sua eficácia. Para tanto, muito acertada foi a presença do instituto mandado de injunção na Constituição Federal de 1988.

Garantia inédita até aquele momento em nosso ordenamento jurídico, o remédio constitucional tinha por objetivo a efetivação das possíveis lacunas constitucionais que porventura viessem a surgir entre o direito previsto em seu texto e a regulamentação que ora era exigida. Desde as primeiras decisões, o mandado de injunção foi alvo de uma análise crítica sobre a sua verdadeira função. Fato que já suscitou discussões e decisões bem diferentes durante esses mais de vinte anos de promulgação da Carta Magna.

É por este fato que o propósito deste estudo se iniciou. Buscar uma maior compreensão desta garantia constitucional e procurar identificar seus contornos mais importantes e atuais, principalmente no tocante a máxima eficácia das normas constitucionais e dos direitos fundamentais resguardados na nossa Constituição.

Nossa Constituição precisa ser realizável, não pode assim, ser dependente incondicionalmente da atuação de outro Poder para garantir o exercício de um direito e liberdade fundamental. A omissão protelada do Poder Público em garantir a eficácia de um direito e a inércia judicial quanto a este ponto gera um incômodo e frustração social quanto à garantia de seus direitos resguardados na Carta Magna.

É neste ponto que o mandado de injunção aparece como instrumento anti-degradante do texto legal que deve conferir vitaliciedade e trabalhar como neutralizador das consequências lesivas resultantes da ausência legislativa dos preceitos constitucionais de eficácia limitada.

Partindo deste entendimento, será feito o estudo do Mandado de Injunção desde seu o seu contexto histórico até a classificação de suas correntes e evolução das decisões jurisprudenciais, tudo de forma a ter uma melhor compreensão acerca do instituto, sua natureza jurídica e melhor aplicabilidade das normas constitucionais.

## CAPÍTULO I

### CONTEXTO HISTÓRICO

A Constituição Federal de 1988, em função de seu espírito democrático, ficou conhecida como “Constituição Cidadã”. Dentre as suas inovações inseriu o Mandado de Injunção, o qual passou a ser visto como o grande instrumento de atuação do cidadão perante o Judiciário, com a função de promover uma ligação direta entre o texto constitucional e a realidade concreta. Antes de saber como se deu o processo histórico que fez surgir o Mandado de Injunção no Brasil, é importante saber como este instituto se deu nos outros países.

Pois bem. No direito comparado, o mandado de injunção teve sua origem na Inglaterra no século XIV, nascendo como *Juízo de Equidade*. Desta forma, quando há ausência de norma legal regulando a espécie, e quando a *Common Law* não guarda amparo suficiente, o referente remédio era outorgado.

Avaliando o sentido inglês da palavra equidade – *equity*– seu significado assenta em uma valoração jurídica dos elementos daquele caso concreto juntamente com os princípios da justiça material e com os valores sociais para que com isso, o magistrado profira uma decisão não fundada no justo legal, mas sim no justo natural.

O juiz inglês não possui o arbítrio de criar regras próprias, se atendo as regras constitucionais vigentes, bem como aos princípios gerais de direito e os valores jurídicos presentes na sociedade, ou seja, os vetores do justo natural que permeiam o viver social.

Com isso, o mandado de injunção inglês permite um rompimento com a tradicional aplicação rígida da legislação ao caso concreto para que o requerente, através de um juízo de equidade baseado pelo justo natural, obtenha uma solução satisfatória que concretize o seu direito.

No Direito Português, previam-se instrumentos análogos, com o mesmo intuito de combater o estado de inércia legislativa. Sua única finalidade era a advertência do Poder competente omisso.

No direito norte-americano o *writ of injunction* surgiu como instrumento de natureza bastante diversa do que ocorre no direito brasileiro. Naquele país o *writ of injunction*

trata-se de uma ordem judicial que pode ser expedida por qualquer tribunal, conforme as circunstâncias, não necessitando constar em lei escrita.

No entanto, lá sua concessão exige o *periculum in mora* (à semelhança do nosso direito cautelar), sendo necessário, sempre, que haja o perigo de um prejuízo ou de uma grande injustiça, onde o interessado deve fazer prova convincente e, se o dano puder ser reparado em dinheiro não será caso de injunção, a qual é baseada na equidade.

Apesar de guardar algumas semelhanças com o mandado de injunção inglês e norte-americano, como a falta de uma norma legal visando tutelar um direito fundamental, este instituto em sua raiz não guarda semelhança com o Brasil já que naqueles países o Mandado de Injunção é mais abrangente, possuindo função mais ampla que garante direitos não abrangidos no mandado de injunção brasileiro. Passando pelo breve contexto histórico mundial, vale agora analisar como se deu o processo histórico do mandado de injunção no Brasil.

Nas Constituições anteriores não foi previsto nenhum instrumento capaz de garantir o exercício de um direito constitucional subjetivo inviabilizado por falta de norma regulamentadora. Na época de transição entre a Ditadura Militar e o início da Nova República, foi iniciada uma luta pelo retorno do Estado Democrático de Direito, quando vários movimentos foram organizados. A vitória de Tancredo Neves para Presidente da República marca o início da nova era republicana que seria regida por uma Constituição social, democrática e soberana. Com a morte de Tancredo, José Sarney deu prosseguimento às promessas de Tancredo.

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

Essa nova e atual Constituição foi um marco histórico no constitucionalismo mundial e trouxe em seu bojo inovações jamais conhecidas em Constituições de outros Estados, como o instituto do mandado de injunção, objeto de estudo deste trabalho.

O constituinte teve a preocupação de criar meios para conferir eficácia ao texto constitucional. Essa preocupação nasceu quando o Senador Virgílio Távora, alertado para o não cumprimento do dever do Estado para com a Educação, sugere que esteja contida na nova

Constituição meios de reprimir a inconstitucionalidade por omissão. No dia 22 de abril de 1987, o constituinte Gastone Righi, na 3ª reunião da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, sugere a criação de uma forma de processo pela qual alguém possa exercitar o seu direito, que está obstado pela omissão legislativa.

A possibilidade de se conferir eficácia jurídica e social aos mandamentos constitucionais é que diferencia a constituição de um texto apenas utópico. Ela precisa ser realizável, não podendo ser considerada apenas carta política que expresse somente as relações dos poderes dominantes.

De acordo com os registros históricos, a intenção do criador desse remédio constitucional não era introduzir a “inconstitucionalidade por omissão”, a exemplo do que há em Portugal, mas criar um controle concreto por ato omissivo de qualquer órgão público encarregado de integrar normativamente direito constitucional já definido na Carta Magna.

Por ocasião da criação desse instrumento outros nomes lhe foram sugeridos, tais como: “mandado de garantia constitucional” e “mandado de garantia social”. Tais nomes, em consonância com o § 1º do art. 10 do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos (antecedente à Comissão de Sistematização da Constituição) o qual reza que “na falta ou omissão de lei prevista para discipliná-la, o juiz decidirá o caso, de modo a atingir os fins da norma constitucional”, são fortes indicativos do que se propunha com esse instrumento – efetividade constitucional.

Humberto Theodoro Júnior (1990, p.424, 425 e 442), entende que no Brasil houve uma evolução do instituto, em relação aos países de onde supostamente tem origem, por não se limitar a declarar a existência da “inconstitucionalidade por omissão” e comunicar tal ocorrência ao Legislativo, mas visar tutelar concretamente o direito do destinatário da garantia constitucional não regulamentada, pois, entende que:

O mandado de injunção se presta à realização do elemento social do Estado Democrático de Direito, impedindo que a falta de regulamentação permitisse o esvaziamento dos direitos fundamentais, ou que consistissem apenas no direito ideal/formal de liberdade, e não na realização da igualdade real/material.

Dessa forma, o mandado de injunção nasce condicionado à realidade histórica, que era o final de uma ditadura militar, para harmonizar o “ser” e o “dever ser”, contudo, mesmo após 20 anos de promulgada a Constituição Federal, esse instituto ainda é um palco de

debates tanto na doutrina como na jurisprudência nacional. É o que será exposto nos itens seguintes.

## CAPÍTULO II

### O MANDADO DE INJUNÇÃO E SEUS EFEITOS À LUZ DA NOVA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Mandado de Injunção é uma ação constitucional, de caráter mandamental, imperativa e determinante, com amparo legal no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal, que visa garantir direitos subjetivos de cidadãos que se sintam inviabilizados de exercê-los pela falta de norma regulamentadora:

**Art. 5º. LXXI** – 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.

Na realidade, apesar de o instituto ser de caráter mandamental, até porque seu nome é Mandado de Injunção, esse caráter ainda não está totalmente consolidado na doutrina e na jurisprudência em face do Princípio da Separação dos Poderes. É o que será abordado no decorrer deste trabalho.

O instituto visa proteger o direito de alguém ao exercício de um direito fundamental, quando impedido de fruí-lo por falta de norma regulamentadora; pressupõe necessariamente um direito subjetivo público. A palavra injunção em sua origem vem da palavra *injuncion* que significa ordem formal imposição.

Alexandre de Moraes (2012, p. 179) ensina que:

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 o combate à síndrome de inefetividade das normas constitucionais.

Já Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, p. 201) ao conceituar o tema, mencionam:



Trata-se de um remédio constitucional colocado à disposição de qualquer pessoa que se sinta prejudicada pela falta de norma regulamentadora, sem a qual resulte inviabilizado o exercício dos direitos, liberdades e garantias constitucionais. A preocupação, portanto, é conferir efetiva aplicabilidade e eficácia ao texto constitucional, para que este não se torne “letra morta”, em razão da omissão do legislador ordinário na sua regulamentação.

Segundo os ensinamentos de Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 853): “O Mandado de Injunção constitui ação especial de controle concreto ou incidental de constitucionalidade das omissões do poder público, quando a inércia estatal inviabiliza o desfrute de algum direito fundamental.”

Os ensinamentos acima, no mandado de injunção busca-se solução para um caso concreto, individualmente considerado, diante de um direito subjetivo obstado pela inércia do legislador. A ação pressupõe a existência de um direito cujo exercício seja impedido pela falta de norma regulamentadora.

Vale destacar as palavras do ilustre doutrinador Pedro Lenza (2009, p. 738) sobre o tema:

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

Muito importante os ensinamentos do emérito doutrinador José Afonso da Silva em sua Obra Curso de Direito Constitucional Positivo (p. 450, 2009):

É aí que entra a função do mandado de injunção: fazer com que a norma constitucional seja aplicada em favor do impetrante, independentemente de regulamentação, e exatamente porque não foi regulamentada. Se tivesse sido regulamentada, o mandado de injunção não teria cabimento.

Então, o mandado de injunção não tem como objetivo principal a regulamentação da norma, se assim fosse, a ação desejada seria a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. A finalidade principal do remédio constitucional é realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício.

A razão de existir do presente instituto é conferir a efetiva aplicabilidade do texto constitucional em favor do impetrante que tem inviabilizado um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional inviabilizado por falta de norma regulamentadora. No entanto, para conferir a efetiva aplicabilidade do texto constitucional em favor do impetrante que tem seu direito obstado pela falta de norma regulamentadora, é necessário entender quais são as normas constitucionais que necessitam de lei regulamentadora e que serão passíveis de serem requeridas via mandado de injunção. Para isso, é necessário se fazer um estudo sobre a classificação das normas constitucionais, sua eficácia e aplicabilidade.

### CAPÍTULO III

#### A EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Antes de adentrarmos no instituto do Mandado de Injunção, é necessário saber a importância da efetividade das normas constitucionais para uma melhor compreensão do instituto. As normas jurídicas, principalmente as constitucionais, são criadas para serem aplicadas. As normas em um dado ordenamento jurídico existem para realizar-se. Dado o seu caráter instrumental, o direito é elaborado com intuito de ter a produção de seus efeitos práticos.

A aplicação da norma nada mais é do que a sua atuação concreta, para reger as relações da vida real. No entanto, para ser aplicável, uma norma necessita ter as três condições: vigência que é a qualidade de uma norma regulamentar promulgada e publicada, que a faz existir juridicamente e que a torna de observância obrigatória; validade ou legitimidade que é sua consonância ao sistema normativo; e eficácia, ou seja, a norma para ser aplicada deve produzir seus efeitos jurídicos.

Para essa direção apontam as lições de José Afonso da Silva, quando afirma que, juridicamente, a aplicabilidade das normas constitucionais “depende especialmente de saber se estão vigentes, se são legítimas, se têm eficácia”.

É o plano da eficácia que será de relevante importância do presente trabalho. Como já dito, para que uma norma seja aplicável, ela necessita produzir seus efeitos jurídicos. Em razão da importância do assunto, será feita uma análise sobre a eficácia das normas constitucionais e sua relação com o Mandado de Injunção.

Hans Kelsen distinguia (2000, pag. 397), validade da norma de sua eficácia, pois para ele, enquanto validade da norma pertence à ordem do “dever-ser”, a sua eficácia pertence à ordem do “ser”. Assim, segundo o autor, vigência é “a existência específica de uma norma”. Já a eficácia corresponde ao fato real de a norma ser efetivamente aplicada e observada, ou seja, a circunstância de uma conduta humana conforme a norma verificar-se na ordem dos fatos.

Tomando como base, Maria Helena Diniz (2001, pág. 160), define eficácia como:

A qualidade do texto normativo vigente de produzir, ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também de sua adequação em face da realidade social, por ele disciplinada, e aos valores vigentes na sociedade, o que conduziria ao seu sucesso.

Essas condições fáticas e técnicas de atuação da norma jurídica mencionadas pelos renomados autores, correspondem, respectivamente, à eficácia social e à eficácia jurídica da norma. A eficácia social consiste do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada e aplicada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos.

Miguel Reale e Luís Roberto Barroso (2001, pág. 85), ensinam que a eficácia social significa a efetiva correspondência social ao conteúdo da norma ou a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação entre o dever-ser e o ser da realidade social.

Já a eficácia jurídica é aquela que consiste na capacidade de atingir os objetivos previstos na norma, isto é, na possibilidade de desencadear efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações relações e comportamentos de que cogita. Nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica.

A eficácia jurídica, que interessa ao Direito, indica a possibilidade de aplicação da norma. Já a eficácia social que interessa à Sociologia, mas também ao Direito em certo sentido, indica a sua efetiva aplicação. Isso significa que toda norma jurídica é dotada de eficácia jurídica, mas não significa que toda norma jurídica é provida de eficácia social.

É possível, portanto, uma norma possuir eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no mundo do ser.

Em decorrência dessa falta de efetividade social surge para o Direito Constitucional, a descoberta de meios adequados e efetivos para implementar o trânsito da eficácia jurídica da norma para a sua eficácia, social para que seja atingida a máxima efetividade.

Entre os meios adequados para garantir a máxima efetividade da norma existem fortes mecanismos de controle como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e, caso inédito brasileiro, o Mandado de Injunção.

O Mandado de Injunção é um exemplo claro sobre a atuação direta do povo em ver a concretização de seus direitos e liberdades constitucionais inviabilizados por falta de norma regulamentadora, ou seja, por norma destituída de eficácia. Por meio desse instrumento constitucional o indivíduo pode se socorrer às vias judiciais quando não puder exercer um direito ou liberdade fundamental assegurado devido à falta de norma regulamentadora.

No entanto, tudo isso depende, o que será visto ao longo deste trabalho, de uma nova compreensão acerca do Princípio da Separação dos Poderes, da liberdade de conformação do legislador, o que, se não for interpretado à luz do neoconstitucionalismo, irão impedir o desenvolvimento dos fenômenos constitucionais a fim de obter um ideal concretizante dos valores fundantes de uma sociedade que urge por transformações viabilizadoras do bem estar.

Quanto à eficácia jurídica, é necessária uma investigação a respeito das classificações das normas constitucionais quanto a seus efeitos e aplicabilidade. A jurisprudência e doutrina norte-americanas classificaram as normas constitucionais, quanto à aplicabilidade em normas *self-executing* e *not self-executing*. Essa classificação, à época incorporada no Brasil por Ruy Barbosa, corresponde, respectivamente, às normas autoaplicáveis e normas não autoaplicáveis.

Segundo aquela classificação, as normas constitucionais *self-executing* são adotadas de plena eficácia e podem ser aplicadas desde logo. Já as normas constitucionais *not self-executing* não possuem plena eficácia, dependendo de outra lei para regulamentar.

Segundo Ruy Barbosa (1933, pág. 489), as normas constitucionais *self-executing* autoaplicáveis são aquelas adotadas de aptidão para gerar, de imediato, seus efeitos jurídicos a que se destinam, independentemente da atuação do legislador ordinário. Por outro lado, as normas *not self-executing* reclamam a atuação do legislador para tornar efetivos os seus preceitos, por não se revestirem de meios necessários para a realização dos direitos que conferem e dos encargos que impõem.

No entanto, essa classificação tradicionalista da eficácia das normas constitucionais não condiz com a realidade e os anseios da sociedade atual. A doutrina clássica norte-americana não oferece uma visão ordenada e científica dos vários efeitos

jurídicos das normas, como por exemplo, das normas programáticas que não entraram na classificação.

Então, surgiu a necessidade de uma reelaboração de uma nova doutrina da eficácia das normas constitucionais, principalmente pela circunstância inevitável de que, no constitucionalismo contemporâneo, cumpre sejam as normas constitucionais consideradas operativas no mais alto grau possível.

Por causa disso, fez-se necessária a formulação de uma nova classificação das normas constitucionais, de acordo com o constitucionalismo contemporâneo, que reflita a maior ou menor eficácia jurídica das normas e os novos desafios e os valores sociais e políticos consagrados.

Segue abaixo a classificação das normas constitucionais quanto a sua eficácia e aplicabilidade, de acordo com José Afonso da Silva (2009 e pág. 154).

Segundo esse autor, apesar de todas as normas constitucionais serem jurídicas, nem todas estão aptas a, por si mesmas, desencadearem integrais efeitos. Desse modo, a distinção e classificação das normas jurídicas constitucionais diferenciam-se tão somente quanto ao grau de seus efeitos jurídicos.

O autor parte da premissa de que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia e aplicabilidade, variando, apenas, para mais ou para menos, o grau de eficácia e aplicabilidade entre elas. Propõe, portanto uma classificação tricotômica: a) normas constitucionais de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia contida; c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

As normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral são aquelas que, no momento em que entram em vigor, estão aptas a produzir todos os efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional. Como regra geral criam órgãos ou atribuem aos entes federativos competências. Aproximam-se do que a doutrina clássica norte-americana chamou de normas autoaplicáveis.

Essas normas receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata. Situam-se predominantemente entre os elementos orgânicos da constituição. Não necessitam de providência normativa ulterior para sua aplicação. Criam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, desde logo exigíveis.

Já as normas constitucionais de eficácia contida têm aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral. Embora tenham condições de, quando da promulgação da nova Constituição, produzir todos os efeitos, poderá a norma

infraconstitucional reduzir a sua abrangência. O certo é que, enquanto não advier esta lei, a eficácia é plena e a aplicabilidade é integral.

José Afonso da Silva, ainda observa que essas normas de eficácia contida podem ter a aplicabilidade restringida por certos conceitos indeterminados, tais como ordem pública, segurança nacional, relevância, necessidade ou utilidade pública, perigo público iminente, entre outros, que importam contenções da eficácia normativa.

Por último, as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que, no momento em que a Constituição é promulgada, não tem o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. São, portanto, de aplicabilidade reduzida.

Essas normas dependem da intervenção legislativa para incidirem, porque o constituinte originário, por qualquer motivo, não lhes emprestou normatividade suficiente para isso.

É nessa última classificação que ganha importância o Mandado de Injunção. O atual inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal dispõe que o Mandado de Injunção será concedido 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.

Essa falta de norma regulamentadora que torna inviável o exercício de tais direitos, são justamente as normas constitucionais de eficácia limitada.

Segundo Pedro Lenza (2009. Pag.738), o mandado de injunção surge para “curar” uma “doença” denominada síndrome da inefetividade das normas constitucionais, ou seja, normas constitucionais que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, necessitando de outra lei de caráter infraconstitucional.

Percebe-se, no nosso constitucionalismo, a relevância do instituto para a garantia de direitos individuais, pois tutela direitos subjetivos inviabilizados ante a omissão do poder legislativo. Ou seja, o Mandado de Injunção torna uma norma jurídica socialmente eficaz alcançando o que se chama de “Justiça Constitucional”.

Analisada a importância e correlação do tema com a aplicabilidade e efetividade das normas constitucionais, insta analisar as principais características do instituto, diferenciá-lo da ADIN por Omissão, até chegar na classificação doutrinária e a atual visão do STF.

## CAPÍTULO IV

### NATUREZA JURÍDICA DO MANDADO DE INJUNÇÃO

A natureza jurídica do mandado de injunção é um ponto controvertido na doutrina, sendo possível visualizar duas correntes. A primeira corrente entende que o mandado de injunção possui natureza constitutiva, pois viabilizaria o direito do indivíduo, dando meios para o seu exercício e concretude. A segunda corrente entende que trata-se de ação mandamental para a declaração da ocorrência de omissão com mora na regulamentação do direito outorgado pela Constituição Federal, fixando ou não prazo para que a o dispositivo constitucional seja regulamentado.

A primeira corrente, de natureza constitutiva, é a mais adequada pois é a que se coaduna com a tutela direta dos direitos subjetivos e visa combater a “síndrome da inefetividade das normas constitucionais” perfilhadas por Lenza (2009, pág. 738). Essa corrente confere ao Poder Judiciário, quando no julgamento do Mandado de Injunção, a competência para garantir e aplicar ao caso concreto a efetividade do direito subjetivo não exercido pela falta de norma regulamentadora.

Agindo assim, o juiz não está fazendo nada mais que sua função que de aplicar a lei ao caso concreto não podendo ser impedido de exercer seu mister pela inércia de outro Poder e, com isso, permitir a lesão de direitos constitucionalmente resguardados.

Aliás, deve-se observar que o direito pátrio confere ao Poder Judiciário a competência para o preenchimento das lacunas existentes na lei, provocando a completude do sistema jurídico. O art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito”.

Ocorre que a natureza jurídica constitutiva do Mandado de Injunção ainda é bastante criticada na doutrina tendo em vista o Princípio da Separação dos Poderes de Montesquieu. Essa parcela não concorda que o Poder Judiciário garanta a efetividade de uma lei omissa, pois tal função é da esfera do Poder Legislativo. Neste caso, o Judiciário deve, tão somente, declarar a omissão ao Legislativo, para que este Poder, através do devido processo legislativo, crie a norma regulamentadora viabilizando o exercício dos direitos e liberdades constitucionais.



#### **4.1 O Princípio das Separação dos Poderes e à Nova Dogmática Constitucional: Uma Melhor Interpretação para Garantir o Estado Democrático de Direito.**

Atualmente, a Separação dos Poderes elaborada por Montesquieu se assenta na independência e na harmonia entre os órgãos do Poder Político. Isso significa que, não obstante a independência orgânica, a Constituição Federal instituiu um mecanismo de controle mútuo, onde há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos.

Assim, além do exercício de suas funções típicas, inerentes à sua natureza, cada órgão exerce, também, outras duas funções atípicas. Assim, o Legislativo, por exemplo, além de exercer sua função típica de legislar, exerce, também, uma função atípica de natureza executiva, como dispor sobre sua organização, e judiciária, como julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade.

Vale mencionar que, mesmo no exercício da função atípica, o órgão continuará exercendo uma função sua, não havendo o que se falar em ferimento do princípio da separação dos Poderes, porque tal competência foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário.

Essa nova forma de interpretação, ou seja, a interferência de um Poder em outro por meio do sistema de freios e contrapesos, visa à busca do equilíbrio necessário à realização do bem comum e indispensável para evitar o arbítrio e desmandos das autoridades.

Como assevera Júnior (2012, p.558): “há casos em que, para o integral desempenho de suas próprias funções típicas, necessite um Poder valer-se, em caráter excepcional e provisório, da função típica de outro Poder”.

Tudo isso só torna evidente que não é razoável nem factível a manutenção dos Poderes independentes e harmônicos dentro de uma estrutura rígida de funções.

A separação absoluta entre os Poderes não é só impossível, tendo em vista que o Poder é uno, pois emana do povo. mas também indesejada, de tal modo que distante de uma separação de Poderes, o que se tem é uma colaboração entre os Poderes em certas tarefas, onde um Poder participa, de forma limitada e secundária, da função de outro, visando um equilíbrio político, evitar autoritarismos, e alcançar o bem da coletividade.

Dessa forma, afirmar que o Mandado de Injunção tem natureza meramente declaratória tendo em vista que o juiz ao julgar um caso concreto garantindo a efetividade da norma anteriormente inviabilizada de seu exercício, seria uma afronta ao princípio da Separação dos Poderes, não merece respaldo.

Como já analisado, esse princípio possui o abrandamento permitindo que um outro Poder interpenetre nas funções de outro em casos necessários para manter o equilíbrio social. Ademais, somente declarar a omissão de uma lei que todos já sabem ser omissa, não possui valor algum.

Fazendo uma observação coerente acerca do instituto será percebido que de forma alguma uma decisão do Judiciário em um caso concreto poderia ferir o princípio da separação dos poderes. O fato de o Judiciário preencher uma lacuna deixada pelo Legislativo ou Executivo é um meio de conter a omissão arbitrária desses poderes. Dessa forma, perfeitamente aceitável, no modelo brasileiro de separação de poderes, que o Judiciário faça esse controle satisfatório de constitucionalidade.

Portanto, a natureza constitutiva do Mandado de Injunção é a que melhor se coaduna com as exigências do sistema jurídico atual e com o moderno Estado Constitucional Social Democrático de Direito, pois é um meio concreto de defesa de direitos subjetivos.

Inclusive, essa é a orientação atualmente adotada pelo STF, o que será explicada em tópico próprio. E parafraseando os dizeres do Min. Eros Grau em seu voto-vista no MI 721: “ao formular supletivamente a norma regulamentadora o Judiciário está exercendo função normativa e não legislativa”, por isso, a alegação de lesão à Separação de Poderes é insubsistente.

Isso indica, inevitavelmente, que a interpretação arcaica da separação dos Poderes deve ser submetida a uma revisão teórica para melhor ajustá-las às novas tendências e exigências do sistema jurídico, sobretudo em razão de certas mudanças paradigmáticas de que os fenômenos jurídicos têm-se ressentido.

Assim, o princípio da separação dos Poderes deve ser compreendido como um meio a proporcionar, tanto quanto possível, não uma separação rígida de funções, mas, sim, uma coordenação, colaboração entre as distintas funções estatais.

E como princípio constitucional concreto, tal princípio articula-se e concilia-se com outros princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais e da inafastabilidade do controle judicial, estes dois últimos intimamente relacionados com o remédio constitucional Mandado de Injunção.

Sendo um remédio constitucional, um indivíduo ao ver um direito seu violado ou ameaçado deve socorrer ao Judiciário para ver o seu direito garantido. Então, de nada valerá o

Mandado de Injunção se o Judiciário não suprir a inefetividade das normas constitucionais feita pelo legislador. Dessa forma, o magistrado está nada mais do que aplicando o Direito ao caso concreto.

## CAPÍTULO V

### DIFERENÇA ENTRE MANDADO DE INJUNÇÃO E AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Apesar de o Mandado de Injunção a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) por Omissão serem institutos semelhantes, pois ambos foram criados pela Constituição de 1988 e tratam sobre a inércia de uma norma constitucional decorrente de uma omissão legislativa, os institutos têm aspectos peculiares que os distinguem entre si.

Primeiramente é importante destacar que a ADIN por Omissão é remédio constitucional de garantia da Constituição e possui controle concentrado, enquanto o Mandado de Injunção é remédio constitucional de garantia individual e possui controle difuso, pela via de exceção ou defesa.

A ADIN por omissão tem fundamento constitucional no art. 103, § 2º da Constituição, que assim reza: “§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

A ação de inconstitucionalidade por omissão é o instrumento disponibilizado às pessoas, órgãos e entidades, com vistas à regulamentação de norma constitucional, tendo por fim dar ciência ao poder competente acerca das providências necessárias, ou seja, verifica o vazio legislativo e recomenda a elaboração da norma, sem suprir a carência legal.

Já o mandado de injunção tem por fim tornar viável o exercício dos direitos constitucionais, no caso concreto, relativamente aos direitos e liberdades e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Cumprindo ainda salientar uma importante distinção feita pelo professor Dirley da Cunha Junior, entre mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão:

O mandado de injunção foi concebido como instrumento de controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão, voltado à tutela dos direitos subjetivos. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi ideada como instrumento de controle abstrato ou principal de constitucionalidade 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. (JUNIOR, 2004, p.553).

No que tange à legitimidade ativa, os legitimados para a propositura da ADIN por Omissão estão previstos no rol do art. 103 da Constituição, quais sejam, Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Já o legitimado ativo do Mandado de Injunção é qualquer pessoa, física ou jurídica, que se encontre em situação de impossibilidade de exercer um determinado direito previsto na Constituição por ausência de regulamentação normativa.

Vale mencionar a possibilidade de impetração do Mandado de Injunção Coletivo devido ao procedimento deste instituto ser o mesmo do Mandado de Segurança. Portanto, neste caso, os legitimados ativos do Mandado de Injunção coletivo são os mesmos do Mandado de Segurança coletivo, ou seja, partido político com representação no Congresso Nacional e organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Já os legitimados passivos de ambos os institutos são semelhantes, ou seja, os entes estatais que devem regulamentar a norma estatal de eficácia limitada.

Quanto à natureza, já foi mencionada natureza constitutiva do mandado de Injunção, pois é que melhor se coaduna com a efetividade dos direitos fundamentais inviabilizados pela norma regulamentadora faltante, razão de ser do instituto. Já a ADIN por Omissão possui natureza declaratória, pois somente dá ciência à omissão para que o poder legislativo crie a norma, não aplicando o Judiciário a lei ao caso concreto.

O objeto da ADIN por Omissão o objeto é justamente tornar efetiva norma constitucional em razão da omissão de qualquer dos Poderes ou de Órgão Administrativo. É provocar o poder competente, dando-lhe ciência para a adoção das providências necessárias ao suprimento da omissão, tornando efetiva a norma constitucional. Cabendo a órgão administrativo, terá este o prazo de 30 dias.

Já o Mandado de Injunção tem como objeto tornar viável o exercício de um direito fundamental, que sempre se pressupõe plenamente eficaz, mas cujo desfrute está impedido ante a omissão do poder público.

Então, a ADIN por Omissão é um controle realizado de forma abstrata e busca proteger direito objetivo, enquanto o mandado de injunção tutela direitos subjetivos e seu controle é realizado de forma concreta e difusa.

A competência para o julgamento da ADIN por Omissão é unicamente do STF (art. 102, I, "a" da CF), devido a seu controle concentrado tendo sua decisão efeitos *erga omnes*.

Já a competência para o julgamento do Mandado de Injunção a Constituição não foi bem precisa na definição. Encontra-se espalhada ao longo do texto constitucional vários órgãos do poder judiciário para julgar o *writ*.

Assim, a Constituição definiu em seu art. 102, I, "a" e "q" a competência para o STF; no art. 105, I, "h" para o STJ; no art. 121, §4º, V para o TSE; já no concernente aos estados, prevê o art. 125, §1º que as suas próprias Constituições organizarão sua Justiça e, conseqüentemente, a competência para julgamento do *writ*, quando a falta de norma regulamentadora for de atribuição de órgão, entidade ou autoridade estadual.

## CAPÍTULO VI

### PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Quanto às características fundamentais, primeiramente faz-se necessário estabelecer quais os requisitos necessários do mandado de injunção que segundo Alexandre de Moraes (2009 e pág.172) são:

Falta de norma regulamentadora de uma previsão constitucional (omissão total ou parcial do poder público);  
Inviabilização dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;  
A existência do nexo de causalidade entre a omissão normativa do poder público e a inviabilidade do exercício do direito liberdade ou prerrogativa.

Quanto ao aspecto da amplitude de incidência do mandado de injunção, o assunto causa bastante divergência. De início, cumpre salientar que não são todas as normas do texto Maior com aplicabilidade limitada que estão passíveis da injunção. O instrumento em discussão só pode ser aplicado naquelas normas que dependem de regulamentação, mas que se refiram a um direito subjetivo plenamente configurado.

No tocante às liberdades e prerrogativas protegidas pelo mandado de injunção, não exercitáveis pela falta de norma regulamentadora, três posicionamentos são adotados. A primeira posição restringe o alcance do instituto tão somente aos direitos políticos e aos direito vinculados diretamente à nacionalidade, soberania e cidadania, não abrangendo, por exemplo, os direitos sociais. A segunda posição sustenta a aplicação do mandado de injunção aos direitos fundamentais previstos no catálogo do Título II da Constituição.

E a terceira posição, dominante, entende que o mandado de injunção abrange todos os direitos fundamentais, sejam individuais (civis ou políticos), coletivos, difusos e sociais. Esta última corrente busca uma interpretação com foco na máxima efetivação das garantias constitucionais.

Orientação diversa da acima postulada, consistiria em negar a própria razão de ser do instituto, que foi criado para a proteção da efetividade de todos os direitos fundamentais,

notadamente daqueles que dependem decisivamente da intervenção do poder público para ser usufruídos.

Em relação à norma regulamentadora a ser criada, a expressão “norma regulamentadora” deve ser interpretada extensivamente para abranger não só os atos legislativos, mas também toda e qualquer medida necessária para tornar efetiva norma constitucional, de acordo com o §2º do artigo 103 da Constituição Federal, seja ela de natureza legislativa ou não (leis, regulamentos, decretos, portarias, instruções normativas, resoluções, etc.), abstrata ou concreta, jurídica ou material, desde que sua ausência torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Outra questão interessante é saber se a omissão parcial do poder público enseja a impetração do mandado de injunção. Na verdade, qualquer providência incompleta ou insatisfatória do poder público, desde que inviabilize o exercício de algum direito fundamental, dá ensejo à propositura da referente ação, a fim de que seja suprida a parte omitida.

## 6.1 Objeto

O objeto do mandado de injunção é, sem dúvida, tornar viável o exercício de um direito fundamental. O mandado de injunção somente se refere à omissão de regulamentação de norma constitucional. Qualquer outro tipo de norma como, por exemplo, Tratados, Conveções internacionais, são insuscetíveis do *mandamus*.

## 6.2 Legitimidade Ativa e Passiva

Toda e qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, física ou jurídica, capaz ou incapaz, que se titularize um direito fundamental, não exercitável ante a omissão do poder público em expedir norma regulamentadora necessária, tem legitimidade para propor mandado de injunção.

Também tem legitimidade para impetrar o *writ entes* coletivos, como partidos políticos com Representação no Congresso Nacional, organizações sindicais e as entidades de



classe ou associação e em funcionamento há pelo menos um ano, defesa de seus membros e associados.

Trata-se do Mandado de Injunção Coletivo, interpretação analógica decorrente do artigo 5º, inciso LXX da Constituição Federal e do art. 21 da Lei 12.016/09, por se tratar do mesmo procedimento do Mandado de Segurança.

Questiona-se muito da possibilidade do Ministério Público atuar no polo ativo. Nesse caso, quando o direito for difuso ou coletivo, o Ministério Público goza de legitimidade ativa para impetrar o *writ*.

Como dever imposto pela Carta Magna, o Ministério Público tem como uma de suas premissas, a de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127). Devido a sua importância Constitucional, deve-se analisar as funções do Ministério Público sempre com uma interpretação à ampliar seu campo de atuação, entendendo que o mesmo deve buscar dar efetividade a todos os direitos subjetivos públicos assegurados pela Constituição.

O sujeito passivo será 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 emanção de provimentos normativos.

Os particulares não têm a 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. Desta forma, a natureza jurídico-processual do instituto não permite a formação de litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo, entre entes particulares e estatais

Portanto, somente ao Poder Público é imputável o encargo constitucional de emanção de provimento normativo para dar aplicabilidade à norma constitucional.

### **6.3 Procedimento Aplicável**

Em um primeiro momento, foi adotado pelo STF o procedimento do mandado de segurança para o mandado de injunção. Este entendimento do STF foi ratificado com a alteração do artigo 24, parágrafo único, da Lei 8.038/1990, prevendo dessa forma, a aplicação, no que couber das normas do mandado de segurança, assim tem-se:

Art. 24, Parágrafo único - No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica.

Portanto, deve-se utilizar a lei 12.016/09 quando da análise do procedimento do mandado de injunção, tais como, petição inicial, despacho, notificação das autoridades, ciência ao órgão de representação judicial, recursos cabíveis, exceto quanto à prescrição e decadência por se tratar de direitos indisponíveis.

#### **6.4 O Caráter Transitório do Mandado de Injunção**

Uma característica peculiar desta garantia constitucional é o seu aspecto transitório. Com o preenchimento das omissões legislativas, o mandado de injunção vai perdendo sua razão de existir, subsistindo apenas para as emendas constitucionais. Portanto, assim que extinguir integralmente aquele texto constitucional pendente de normatização, não haverá mais justificativa para a impetração deste remédio.

Desta forma, é um instrumento de característica transitória, cuja presença se faz necessária enquanto o Poder Legislativo não se ocupar das omissões que deve sanar. A tendência é que quando todas as normas da Constituição forem regulamentadas, não haverá mais objeto para a proposição deste remédio constitucional.

No entanto, apesar de existir há mais de vinte anos no Direito brasileiro, o mandado de injunção somete agora vem exercendo sua função de ser, ou seja, garantir o exercício de direito fundamental anteriormente obstado pela falta de norma regulamentadora.

#### **6.5 Competência para Julgamento**

Como característica primordial, temos que referida competência fora atribuída pelo legislador constitucional sendo distribuída pelos vários órgãos colegiados do Poder Judiciário.

O artigo 102, I, “q”, da Constituição Federal determina que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for de atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas

casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

Quanto a competência do Superior Tribunal de Justiça, a Constituição prevê em seu artigo 105, I, “h”, que compete a este Tribunal 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.

O artigo 121, §4º, V, da Carta Magna prevê a competência do Tribunal Superior Eleitoral para julgar, em grau de recurso, o mandado de injunção que tiver sido denegado pelo Tribunal Regional Eleitoral.

No âmbito estadual, será permitido aos Estados-membros, no exercício do poder constituinte derivado decorrente, estabelecerem em suas constituições estaduais o órgão competente para processo e julgamento de mandados de injunção contra a omissão do Poder Público estadual em relação às normas constitucionais estaduais.

## CAPÍTULO VII

### DECISÃO E SEUS EFEITOS

A questão dos efeitos no mandado de injunção ainda é tema bastante discutido na doutrina e na jurisprudência, posto que reflete certamente a controvérsia a respeito do objeto desta ação. Questiona-se se o presente instituto visa a expedição de norma regulamentadora ou a garantir o exercício imediato do direito independentemente de regulamentação.

Sobre a natureza jurídica da decisão judicial do Mandado de Injunção, faz-se necessário transcrever o pronunciamento inicial do Supremo Tribunal Federal, datado em 16 de março de 1995, através do Ministro Néri da Silveira, que com clareza resumiu as posições iniciais em relação aos seus efeitos:

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 do 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 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. É, por isso mesmo, uma posição que me parece conciliar a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei. Esse tem sido o sentido de meus votos, em tal matéria. De qualquer maneira, porque voto isolado e vencido, não poderia representar uma ordem ao Congresso Nacional, eis que ineficaz. De outra parte, em se cuidando de voto, no julgamento de processo judicial, é o exercício, precisamente, da competência e independência que cada membro do Supremo Tribunal Federal tem, e necessariamente há de ter, decorrente da Constituição, de interpretar o sistema da Lei Maior e decidir os pleitos que

lhes sejam submetidos, nos limites da autoridade conferida à Corte Suprema pela Constituição. (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, 04 abr. 1995, Seção I, p. 8.265 apud MORAES, A. de. Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005).

Para melhor compreender a decisão do mandado de injunção, é necessário adentrar nas correntes que explicam os efeitos da decisão. A classificação mais utilizada é a adotada pelo ilustre doutrinador Alexandre de Moraes (2009, pág. 177) que, a partir da análise dos vários julgamentos do STF, classificou os efeitos do mandado de injunção em dois grandes grupos: concretista e não concretista, sendo que a posição concretista se subdivide em concretista geral, concretista individual direta e concretista individual intermediária.

Essas posições requerem uma análise minuciosa, para após, saber qual delas melhor se coaduna ao nosso ordenamento jurídico e garante maior efetividade aos direitos subjetivos constitucionalmente assegurados.

### 7.1 Posição não Concretista

Essa posição tem por finalidade declarar uma simples declaração da omissão da lei dando conhecimento ao órgão competente para a adoção das providências cabíveis. Ela foi adotada por muito tempo pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se firmou no sentido de atribuir ao mandado de injunção a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público, em dar concreção à norma constitucional positivadora do direito postulado.

Sendo esse o conteúdo possível da decisão injuncional, não há falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam, desde logo, condições viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente prevista, mas, tão somente, deverá ser dado ciência ao poder competente para que edite a norma faltante. Essa posição recebe bastantes críticas, pois seus efeitos são idênticos ao da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.

Os defensores dessa corrente alegam que esta é que melhor se coaduna com o Princípio da Separação dos Poderes e o da Reserva Legal. Só que esta corrente é adotada pela minoria da doutrina e não é compartilhada pelas demais teorias.

Realmente, não faz sentido o constituinte originário criar duas ações constitucionais para uma mesma finalidade, qual seja, declarar a omissão legislativa para o órgão competente. Aceitar tal hipótese é ignorar certos princípios de hermenêutica, notadamente aqueles que determinam atribuir às normas constitucionais o máximo possível de eficácia.

Ocorre que, atualmente, com mudança dos membros da Suprema Corte e a preocupação com o exercício dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, os novos ministros mudaram sua posição, adotando a posição concretista que será analisada a seguir.

## 7.2 Posição Concretista

Esta posição prega competir ao Poder Judiciário garantir o imediato exercício do direito fundamental frustrado em face da omissão do poder público.

Nesta corrente, o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente.

Essa posição subdivide-se em concretista geral e concretista individual, conforme abrangência de seus efeitos. Pela concretista geral, a decisão do Poder Judiciário terá efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente.

Essa posição, inicialmente, foi pouco aceita na doutrina e na jurisprudência, pois como ressaltado pelo Ministro Moreira Alves, ao proclamar em sede de mandado de injunção, uma decisão com efeitos “*erga omnes*” estaria o Supremo, o juiz ou tribunal que decidisse a injunção, ocupando a função do Poder Legislativo, o que seria claramente incompatível com o sistema de separação de poderes.

Ocorre, porém, que em virtude da inércia do legislador em colmatar as lacunas constitucionais, após 20 anos do texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal alterou seu posicionamento e adotando claro ativismo judicial passou a adotar a posição concretista geral em algum de seus principais julgados.

Essa posição, apesar de ser um avanço no constitucionalismo brasileiro, é ainda criticada por muitos porque é extrema e vai além dos limites constitucionais. Isso porque, além de o Judiciário estar exercendo uma função inerente do Legislativo, sua decisão extrapola os limites de atuação, pois, ao invés de se estender somente às partes, esta possui efeitos *erga omnes*.

Mesmo diante do conflito doutrinário, a Suprema Corte adotou a posição concretista geral ao discutir o direito de greve dos servidores públicos civis nos mandados de injunção que serão analisados a seguir.

Pela posição concretista individual, a decisão do Poder Judiciário só produzirá efeitos para o autor do mandado de injunção, que poderá exercitar plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional.

Essa posição se subdivide em duas: direta e intermediária. Na concretista individual direta, o Poder Judiciário, imediatamente ao julgar procedente o mandado de injunção, implementa a eficácia da norma constitucional ao autor.

Esta teoria é uma das mais defendidas pela nossa doutrina e a que melhor se identifica com a garantia do exercício imediato dos direitos fundamentais contra a inércia do poder público sem, entretanto, adentrar na esfera do Poder Legislativo.

Seguindo essa corrente, ao julgar procedente o mandado de injunção, o juiz implementa a eficácia da norma constitucional ao autor, sendo que os efeitos do seu veredito vão se limitar somente às partes do processo, não trazendo uma solução de continuidade para o restante da sociedade, ou seja, não produzindo efeitos *erga omnes*.

Para os seus defensores, o impetrante do *writ* não visa edição de uma norma, mas sim uma decisão que traga a solução para o seu caso concreto. Trata-se de uma decisão de natureza constitutiva com seus efeitos vinculados apenas às partes, ou seja, vale apenas para aquele caso concreto.

Em novo posicionamento, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar, juntamente com a posição concretista geral, a posição concretista individual em determinados casos, para que a Corte possa efetivamente combater a “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”.

Para Luís Roberto Barroso (2002, pág.259), essa corrente é a melhor orientação a ser seguida pelos tribunais.

Coerente com a posição doutrinária aqui sustentada, afigura-se melhor a orientação que identifica no provimento judicial na espécie uma natureza

constitutiva, devendo o juiz criar a norma regulamentadora para o caso concreto, com eficácia inter partes, e aplicá-la, atendendo, quando seja o caso, à pretensão veiculada. Este caráter constitutivo, porém, só se verifica no plano de criação da normatividade ausente, pois o mandado de injunção tem nítido caráter instrumental.

Portanto, na função de aplicar a norma ao caso concreto e garantir a máxima eficácia do texto constitucional o judiciário, através dessa interpretação, tem a oportunidade de garantir a satisfação do impetrante para concretizar seu direito antes inviabilizado.

Pela posição concretista individual intermediária, após julgar a procedência do mandado de injunção, o judiciário fixa uma prazo razoável para que o legislador elabore a norma regulamentadora para viabilizar o exercício do direito antes impedido. Ao fim do prazo, se a mora ainda permanecer, o Poder Judiciário deve fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor.

Esse posicionamento prevaleceu em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal como no MI-232/RJ: sob pena de, vencido esse prazo, sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida; e no MI- 283/DF: se ultrapassado o prazo acima (60 dias), sem que esteja promulgada a lei reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem.



## CAPÍTULO VIII

### A EVOLUÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO AOS EFEITOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Durante muito tempo, o Supremo Tribunal Federal considerou que o mandado de injunção tinha por objeto uma declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, a ser comunicada ao órgão legislativo em mora para que promovesse a integração normativa. Dessa forma, o STF inicialmente era adepto da corrente não concretista.

Os adeptos desta corrente fazem parte da parcela minoritária da doutrina e o principal fundamento que eles adotam é o não ferimento do Princípio da Separação dos Poderes que, fundamentado no artigo 2º da Constituição Federal, não permitia a ingerência do Poder Judiciário na esfera de competência de outro Poder Público.

Os julgados do MI 107-3 e do MI 168-5 transcritos a seguir, demonstram a adoção dessa teoria:

“Mandado de Injunção. Questão de ordem sobre a sua auto-aplicabilidade ou não. Em face dos textos da Constituição Federal relativos aos mandados de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entendida ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão fixada”.

“O mandado de injunção nem autoriza o Poder Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra”.

Esse entendimento inicial da Suprema Corte foi bastante criticado por esmagadora maioria da doutrina. Segundo eles, o Tribunal ao adotar este posicionamento esvaziaria a

finalidade constitucional do mandado de injunção, tornando-o uma medida inócua e sem finalidade, pois seus efeitos seriam iguais ao da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o que acabava por não dar sentido a sua existência.

Sob este *prima*, Luís Roberto Barroso (2002, pág. 262), chegou a afirmar que:

Consoante essa orientação do Supremo Tribunal, a Constituição consagrou dois remédios constitucionais para que seja dada ciência da omissão ao órgão inerte, e 'nenhum para que se componha, em via judicial, a violação do direito constitucional pleiteado.

Diante das várias críticas que recebeu da comunidade jurídica e vendo que seu entendimento não estava garantindo os direitos constitucionais dos cidadãos, o Supremo Tribunal Federal começou a mudar de posicionamento ao longo dos anos. Deste modo, abandonou a ideia de que o mandado de injunção tinha por objeto uma mera declaração ao órgão omissor, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão legislativa e passou a dar novos efeitos a esta tutela constitucional das liberdades.

Assim, sem assumir a típica atividade legislativa, aquela Corte afastou sua orientação inicial para buscar mais efetividade das decisões proferidas em mandado de injunção.

De feito, no MI 283-5, impetrado com fundamento no art. 8º, §3º, dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias, a Corte decidiu que, constatada a mora legislativa, deve-se assinalar um prazo razoável para a elaboração da norma regulamentadora, após o qual, persistindo a mora, o impetrante teria seu direito assegurado.

O artigo 8º, §3º do ADCT em comento se refere à reparação de natureza econômica aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5. Tal reparação seria concedida na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

O MI 283-5, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, foi o primeiro a estipular prazo para que fosse preenchida a lacuna relativa à mora legislativa. Vejamos uma parte da ementa do acórdão:

“Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite – não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 – QO) – que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232)”.

Nesse mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal deferiu em parte o pedido para: a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, §3º, dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias, comunicando a decisão ao Congresso Nacional e à Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem e, finalmente, d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudica a coisa julgada, que, entretanto, não impede o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.

Apesar da evolução proporcionada pela nova decisão (corrente concretista individual intermediária) em comparação à decisão anterior (corrente não concretista), ela ainda se mostrou insuficiente com a natureza e finalidade do instituto, pois não fez valer de imediato o direito frustrado pela omissão legislativa.

Na decisão do MI 283-5, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal não assegurou, como desejado pelo constituinte, o imediato exercício do direito violado pela inércia do legislador, reconhecendo ao impetrante tão somente a faculdade de obter contra o poder público uma sentença de condenação através da morosa via ordinária.

Agora, após de um longo período sem garantir efetivamente a tutela das liberdades constitucionais, operou-se uma substancial mudança na jurisprudência do STF, que

passou a atribuir ao mandado de injunção caráter mandamental, e não simplesmente declaratório, permitindo que nele se supra para o caso concreto, a omissão legislativa.

Então, nos últimos de seus julgados, a Corte Superior adotou a posição concretista geral e a concretista individual direta, garantindo, assim, o imediato exercício dos direitos fundamentais que estavam afastados pela a inércia do legislador.

Os temas que fizeram com que ocorresse uma mudança no posicionamento dos ministros foram assuntos sociais relevantes que não poderiam ficar mais de 20 anos sob a inércia legislativa.

Foi o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis e a concessão de aposentadoria especial para os que exercem atividades em ambiente perigoso ou insalubre, o grande marco da viragem jurisprudencial. Ambos os temas necessitam de lei regulamentadora para garantir os seus efeitos, tudo de acordo com o artigo 37, VII/CF e artigo 40 §4º/CF, respectivamente.

A partir desde marco, o STF deixou de lado sua postura tímida e adotou uma postura ativista em suas novas decisões, garantindo uma aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, sem, entretanto, substituir o papel do legislador.

Em relação ao exercício do direito de greve dos servidores públicos, nos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, o STF julgando em conjunto as referidas ações, por unanimidade, declarou a omissão legislativa ao Congresso Nacional quanto ao dever constitucional de elaborar a lei regulamentadora e, por maioria, decidiu aplicar a lei de greve do setor privado a todos os servidores públicos até que a lei faltante fosse criada. Dessa forma, deu eficácia *erga omnes*.

No que tange à aposentadoria especial para os que exercem atividades perigosas que comprometam a saúde do servidor o STF foi mais cauteloso. Ao julgar o MI 721 adotou a teoria concretista individual direta, ou seja, garantiu efeito somente entre as partes.

A corrente concretista individual direta é a que parece mais razoável entre as existentes, pois não somente declara a mora ao órgão competente para que este, quando quiser, crie a lei omissa, nem expande seus efeitos para os que não figuraram no polo ativo da relação jurídica processual.

No MI 721, o STF DF decidiu que seria aplicada à impetrante da ação a lei da Previdência Social de nº 8.213/97 até que lei específica sobre aposentadoria especial para os servidores federais fosse criada.

Vejamos também a Ementa do Mandado de Injunção nº 795 publicado no Diário de Justiça em 22/05/2009:

“MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR A DISCIPLINAR A MATÉRIA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA.

1. Servidor público. Investigador da polícia civil do Estado de São Paulo. Alegado exercício de atividade sob condições de periculosidade e insalubridade.

2. Reconhecida a omissão legislativa em razão da ausência de lei complementar a definir as condições para o implemento da aposentadoria especial.

3. Mandado de injunção conhecido e concedido para comunicar a mora à autoridade competente e determinar a aplicação, no que couber, do art. 57 da Lei n. 8.213/91.”

Através dessas duas últimas decisões, direito de greve e aposentadoria especial dos servidores públicos, percebe-se que houve uma maturidade dos membros do STF ao decidir os Mandados de Injunção. De poder omissivo, inerte, passou a ser considerado poder ativista, que garante imediatamente e efetivamente o exercício dos direitos fundamentais.

Frise-se que agindo dessa forma, a Corte Suprema não está usurpando uma função típica do legislativo, e sim está exercendo sua função de guardião da Constituição.

Nesta ótica, o STF, ao garantir o efetivo exercício dos direitos fundamentais e liberdades do impetrante, está simplesmente aplicando a lei ao caso concreto sem ferir o Princípio da Separação dos Poderes.

Sobre o exposto, vejamos o comentário feito pelo ministro Marco Aurélio, nos autos do mandado de injunção de n.º 721, datado de 27/09/2006:

É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e a harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se mandado de injunção não para lograr-se de certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador. Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada, entendendo que, mesmo assim, ficará a quem a atuação dos Tribunais do

Trabalho, no que, nos dissídios coletivos, a eles a Carta reserva, até mesmo, a atuação legiferante, desde que consoante prevê o § 2º do artigo 114 da constituição Federal, sejam respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho. (...)

Portanto, diante do presente estudo, é notável que a evolução das garantias constitucionais nas decisões de mandados de injunção ocorreu de forma lenta e que, atualmente, estão atingindo formas delineadas, posicionamentos firmes, apresentando um avanço no Direito Brasileiro e alcançando os anseios da sociedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, sobre Mandado de Injunção faz-se necessário tecer alguns comentários sobre este importante instituto. A principal finalidade do Mandado de Injunção é garantir o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, antes inviabilizados por falta de norma regulamentadora.

Esse instituto veio inserido na Constituição de 1988 e trouxe em seu bojo meios para conferir a eficácia das normas constitucionais. Tal instituto foi uma novidade no Direito brasileiro, pois o país estava saindo da Ditadura Militar, momento em que os direitos e liberdades sociais não eram garantidos.

O Mandado de Injunção surgiu para curar a denominada “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”, ou seja, normas constitucionais que no momento em que a Constituição é promulgada não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, necessitando de outra lei de caráter infraconstitucional.

Esta ação deve ser impetrada pela pessoa interessada que é o beneficiário do direito não exercitado pela falta de norma regulamentadora, ao contrário da ADIN por Omissão em que os interessados são aqueles previstos no rol do art. 103 da CF que visam a garantia da Constituição.

O procedimento aplicável ao *writ* é o mesmo do Mandado de Segurança de acordo com o artigo 24, parágrafo único, da Lei 8.038/1990, sendo possível, inclusive, a impetração do Mandado de Injunção na forma coletiva.

No polo passivo, figura a entidade estatal responsável pela elaboração da norma regulamentadora viabilizadora do exercício do direito constitucional não exercido pela pessoa interessada.

No tocante a sua decisão e efeitos, vários posicionamentos foram defendidos entre os constitucionalistas e membros da mais Alta Corte durante o longo dos anos de vigência da Constituição de 1988.

Os principais argumentos debatidos quanto os efeitos da decisão são: a obediência ao Princípio da Separação dos Poderes, defendidos pelos adeptos da corrente não concretista; a função do judiciário de aplicar a norma ao caso concreto para garantir a eficácia do texto

constitucional e o exercício dos direitos fundamentais antes inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, defendidos pelos adeptos da corrente concretista.

Nas primeiras decisões do Mandado de Injunção, o STF adotou uma posição conservadora. Somente declarava a mora legislativa à pessoa estatal competente, demonstrando, dessa forma, preferência à corrente não concretista.

Com o passar dos anos, notando que esse posicionamento não estava garantindo os exercícios dos direitos fundamentais, pois a lei não estava sendo elaborada por quem tinha competência, e aliado às críticas que estava recebendo da sociedade e operadores do Direito, o STF passou a rever suas decisões.

A partir daí, passou a adotar uma postura ativista de forma a garantir a real efetividade do texto constitucional, cumprindo com sua função de guardião da Constituição ao aplicador a norma ao caso concreto.

Portanto, o STF se aliou à corrente concretista dando força constitutiva em suas decisões. Os principais temas que foram o marco da viragem jurisprudencial foi o do direito de greve dos servidores públicos civis, em que foi utilizada a corrente concretista geral dando efeitos *erga omnes* nas decisões, e a aposentadoria especial dos servidores públicos, em que foi adotada a corrente concretista individual direta com efeitos *inter partes*.

A virada da jurisprudência do STF demonstrou o amadurecimento e evolução dos membros desta Corte o que foi uma grande valia para o nosso ordenamento jurídico, uma vez que atribuiu ao mandado de injunção a sua verdadeira vocação, o de dar efetividade às normas constitucionais para a construção de um ordenamento legal mais justo e democrático.

Vale mencionar que o novo posicionamento do STF acerca do Mandado de Injunção não é uma afronta ao Princípio da Separação dos Poderes, ao contrário dos que mencionam os não concretistas.

Tal princípio não deve ser interpretado de forma rígida, e sim basilados com as novas tendências do sistema jurídico atual e com o moderno Estado Constitucional Social Democrático de Direito. Assim, o Mandado de Injunção virará letra morta se a sua decisão não garantir a eficácia e aplicabilidade do direito constitucional.

E como princípio constitucional concreto, tal princípio articula-se e concilia-se com outros princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais e da inafastabilidade do controle judicial, estes dois últimos intimamente relacionados com o remédio constitucional Mandado de Injunção.



Sendo um remédio constitucional, um indivíduo ao ver um direito seu violado ou ameaçado deve socorrer ao Judiciário para ver o seu direito garantido. Então, de nada valerá o Mandado de Injunção se o Judiciário não suprir a inefetividade das normas constitucionais feita pelo legislador. Dessa forma, o magistrado está nada mais do que aplicando o Direito ao caso concreto.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. São Paulo: Método, 2009.
- BASTOS, C. B. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Saraiva, 2002.
- BARROSO, L. R. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Bahia: Editora JusPodivm, 2012.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle das Omissões do Poder Público**, São Paulo: Saraiva, 2004.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coleção JusPodivm: Temas filosóficos, jurídicos e sociais).
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da constituição**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2001.
- LUIZETTI, Daiane. **O Mandado de Injunção e sua Inaplicabilidade**. Clube dos Autores: 2012.
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6ª Ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas. 2012.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Jacquelina Maria Cavalcante. **O Mandado de Injunção como Instrumento de Efetividade do Direito Constitucional**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 12 – jul./dez. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Mandado de Injunção**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Mandado de Segurança e de Injunção. São Paulo: Saraiva, 1990.

STF, MI n.º 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, DJ, 1, de 23/11/2007.

SILVEIRA, Mila dos Santos. **Abordagem crítica do mandado de injunção**. Disponível em: [http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos\\_upload/Mila%20dos%20Santos%200Silveira.pdf](http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Mila%20dos%20Santos%200Silveira.pdf). Acesso em, 20 dez. 2012.

**mandado-de-injuncao-a-luz-da-separacao-dos-poderes.htm**. Último acesso em: 27/01/2013

**mandado-de-injuncao-novas-decisoes-do-supremo-tribunal-federal-443708.html**.

Último acesso em: 27/01/2013

**MI 721-DF**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 27 de dezembro de 2012.

**MI 708-DF**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 27 de dezembro de 2012.

**MI 712-PA**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 27 de dezembro de 2012.