

**UNIJUÍ – UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO
DO RIO GRANDE DO SUL**

LUCAS SCHWAB HORST

**MANDADO DE INJUNÇÃO:
O EXERCÍCIO DOS DIREITOS NA FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA
E SUA EFETIVAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO**

Três Passos (RS)
2012

LUCAS SCHWAB HORST

**MANDADO DE INJUNÇÃO:
O EXERCÍCIO DOS DIREITOS NA FALTA DE NÔRMA REGULAMENTADORA
E SUA EFETIVAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO**

Monografia final apresentada ao Curso de Graduação em Direito, objetivando a aprovação no componente curricular Monografia.

UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul.

DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Ms. Eloísa Nair de Andrade Argerich

Três Passos (RS)
2012

AGRADECIMENTOS

A **Deus**, acima de tudo, pela vida, força e coragem.

À minha **orientadora**, Eloísa Argerich, pela dedicação e disponibilidade.

A todos que colaboraram de uma maneira ou de outra durante a trajetória de construção deste trabalho, meu muito obrigado.

*“Ainda que eu ande pelo vale da
sombra da morte, não temerei mal nenhum,
porque tu estás comigo: a tua vara e o teu
cajado me consolam.”*

(Salmo 23.4)

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa monográfico faz uma análise do remédio constitucional do Mandado de Injunção e sua aplicabilidade aos casos concretos, abordando paralelamente a questão da omissão do Poder Público e o papel do Judiciário em suprir tais omissões. O estudo trata também sobre a relação que os poderes judicial e legiferante têm entre si, com fulcro de garantir a efetividade de direitos e garantias fundamentais que carecem de regulamentação, chamadas normas de eficácia limitada.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direitos fundamentais e garantias constitucionais. Remédio constitucional. Mandado de injunção. Omissão do Poder Público.

ABSTRACT

The present research monograph analyzes the constitutional remedy of a writ of injunction and its applicability to concrete cases, alongside addressing the issue of omission of the Government and the judiciary's role in supplying such omissions. The study also deals with the relation that the judicial legislating and have each other, with the fulcrum of ensuring the effectiveness of fundamental rights and guarantees that lack of regulation, called norms of limited effectiveness.

Key words: constitutional law. Fundamental rights and constitutional guarantees. Constitutional remedy. Injunction. Omission of the government.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 MANDADO DE INJUNÇÃO, UM INSTRUMENTO DE COMBATE À SÍNDROME DE INEFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	10
1.1 O Estado Democrático de Direito e o princípio de separação dos poderes	10
1.2 A independência dos poderes da União e o sistema de freios e contrapesos	11
1.3 A efetivação dos direitos fundamentais sociais: omissão legislativa x ativismo judicial	13
1.3.1 <i>Eficácia e aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais</i>	17
1.3.2 <i>Instrumentos de tutela das liberdades</i>	18
2 MANDADO DE INJUNÇÃO: EFETIVAÇÃO DO ART. 5º, INCISO LXXI	22
2.1 Origem e natureza jurídica	22
2.2 Finalidades e cabimento	26
2.2.1 <i>Quem pode impetrar o mandado de injunção</i>	29
2.2.2 <i>Autoridades contra quem se impetra</i>	29
2.3 Competência e procedimento	30
2.4 Diferenças entre o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	32
3 MANDADO DE INJUNÇÃO: O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA	35
3.1 MI nº 95/RR – o direito ao aviso prévio proporcional e a posição não concretista do Supremo Tribunal Federal	35
3.2 MI nº 721/DF – a aplicação da teoria concretista ao Mandado de Injunção	39
3.3 MI nº 670/ES, 708/PB e 712/PA – a aplicação da teoria concretista geral ao Mandado de Injunção	46
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

O poder constituinte originário brasileiro, quando da elaboração da Carta Magna de 1988, inseriu vários direitos em seu extenso número de artigos, dentre os quais se destacam as normas referentes aos direitos individuais, inseridas no art. 5º do texto constitucional.

Dentre tais direitos, o legislador inseriu, no inciso LXXI do art. 5º, o remédio constitucional do Mandado de Injunção, prescrevendo a possibilidade de impetração do mesmo quando o exercício de determinado direito prescrito em norma constitucional for inviabilizado pela falta de norma regulamentadora.

O presente estudo está dividido em três capítulos, sendo que no primeiro constam as questões relevantes do Mandado de Injunção, como sua origem, natureza jurídica e demais aspectos concernentes aos requisitos constitucionais, principalmente quando se trata de norma de eficácia limitada e a falta de norma regulamentadora. Aborda-se, também, a síndrome da inefetividade das normas constitucionais.

O segundo capítulo destaca que o sistema constitucional apresenta normas que carecem de eficácia plena, quais sejam, normas de eficácia limitada, que não raras vezes tornam inviável o exercício de direitos. Versa, também, sobre o surgimento do Mandado de Injunção como remédio hábil para sanar o vício da omissão legislativa. Apresenta ainda os aspectos que dizem respeito ao fato de que, mormente seja pouco utilizado, o Mandado de Injunção assume relevante papel quando possibilita que o cidadão possa impetrá-lo na falta de norma regulamentadora que inviabilize o exercício e efetivação de seus direitos.

Esta pesquisa pretende demonstrar ainda que o Mandado de Injunção tem como finalidade primordial a efetivação de um direito garantido ao cidadão pela Constituição

Federal, visto que a mera disposição da Carta Magna sobre determinada norma que prescreve um direito, sem a referida regulamentação, torna a norma ineficaz, ou seja, obsta o alcance pelo cidadão do direito posto na norma não regulamentada.

Ao fim, no terceiro e último capítulo, apresenta-se o entendimento que o Supremo Tribunal Federal (STF) vem construindo ao longo do tempo quando da interpretação do art. 5º, LXXI, que trata do Mandado de Injunção. Nesta etapa analisa-se o posicionamento do Tribunal em face do exercício dos direitos fundamentais na falta de norma regulamentadora.

Demonstra-se ainda por meio de julgados que, ao longo dos anos, o STF vem adotando uma conduta mais ativa com relação ao julgamento do *mandamus*, proporcionando, inclusive, o alcance do direito tutelado pelo cidadão segundo a norma de eficácia limitada, que carece de atuação reguladora do Poder Público, fato esse que evidencia a adoção da teoria concretista pela Corte.

Pretende-se, por meio do estudo dos julgados, demonstrar o posicionamento que demonstra haver uma quebra de paradigmas no que concerne ao remédio, garantindo pois, real efetividade ao Mandado de Injunção, haja vista que a posição não concretista até então utilizada quando do julgamento tornava o remédio inócuo, uma vez que a decisão judicial de procedência da demanda não garantia o bem da vida pretendido pelo postulante, ficando atrelado, portanto, ao livre arbítrio e à boa vontade do Poder Público em regular a matéria objeto da ação.

Frisa-se que todo e qualquer direito constitucional, em sua mais ampla concepção, pode ser objeto do Mandado de Injunção, e isso encontra guarida no entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se verá adiante.

1 MANDANDO DE INJUNÇÃO, UM INSTRUMENTO DE COMBATE À SÍNDROME DE INEFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Neste capítulo será abordada a questão concernente ao remédio constitucional do Mandado de Injunção em seu aspecto conceitual. Far-se-á uma análise do instituto sob o prisma dos princípios orientadores e relevantes sem, contudo, prescindir de estudar hipóteses legais e práticas que visam demonstrar a aplicabilidade do instrumento.

Cabe destacar que, primeiramente, será realizada uma análise genérica de princípios do Estado democrático, para depois adentrar especificamente no objeto do trabalho – o Mandado de Injunção.

1.1 O Estado Democrático de Direito e o princípio de separação dos poderes

O modelo adotado hoje pelo Estado democrático brasileiro de tripartição dos poderes foi inicialmente concebido por Montesquieu, por volta do século XVIII, em sua obra *Espírito das Leis* (SILVA, 2007).

Em linhas gerais, na sua obra o francês tratou de teorizar uma forma mais democrática e justa de se governar o Estado, visto que o que se verificava na época era que os Estados adotavam o sistema absolutista, onde o chefe de Estado detinha os poderes de legislar, julgar e executar (SILVA, 2007).

Da teoria elaborada por Montesquieu extrai-se que um Estado democrático seja aquele no qual os poderes não estão centralizados na pessoa de um soberano, mas sim, “cada Poder exercia uma função típica, inerente à sua natureza, atuando independente e e autonomamente.” (LENZA, 2011, p. 433).

Mais tarde, os pensamentos de Montesquieu serviram de inspiração para movimentos revolucionários e constaram em tratados humanísticos, como a *Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão* que, em seu art. 16, dispunha: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” (SILVA, 2007, p. 109).

Com isso, diante de tais teorias, o que se buscou foi o abandono do sistema absolutista, visto que tal se mostrava como um obstáculo aos fins sociais, democráticos e igualitários que os Estados almejavam.

No Brasil, o sistema absolutista também se fez presente em vários momentos, sendo que no ano de 1824, com a outorga da primeira constituição pátria, ou seja, a Carta Imperial, por D. Pedro I, a qual prescrevia a tripartição dos poderes com a inclusão de um novo poder denominado *moderador*, o país deu um importante passo para mais adiante se tornar um Estado democrático de direito (LENZA, 2011).

Essa nova configuração de divisão do Poder foi considerada a chave da organização política daquela época, e pode-se dizer que a atuação do Imperador interferia no exercício das atribuições deferidas aos outros poderes.

O que se observa é que a evolução constitucional brasileira retoma a teoria da separação de poderes, influenciada pela doutrina de Montesquieu, e as funções legislativa, judicial e executiva voltam a ter suas atribuições delimitadas pelas Constituições que foram surgindo e adquirem independência e autonomia para o exercício das funções.

1.2 A independência dos poderes da União e o sistema de freios e contrapesos

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), diante das constantes repressões aos direitos humanos e sociais que ocorreram no país com o Golpe Militar, buscou-se inaugurar no Brasil uma nova era, com fundamento em princípios democráticos e igualitários. Por isso, a CF/88 foi denominada por muitos de “constituição cidadã”, em face da preocupação que despendeu para a garantia de direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988, ao demonstrar a grande importância do tema, sedimentou como cláusula pétrea o seu art. 2º, que prescreve ser “poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Neste sentido, preconiza a Carta Magna:

Art. 60. [...]

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (grifo nosso).

Ressalta-se, portanto, a relevância com que a Constituição Federal tratou a questão da tripartição dos poderes, elencando o dispositivo mencionado no rol de princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

Para melhor compreensão do tema referente ao Mandado de Injunção, necessário se faz abordar a importância da divisão de funções do Estado brasileiro, tendo em vista que o art. 2º da Constituição Federal de 1988 estabelece que são três os poderes da União, incluindo-se, dentre eles, o Poder Judiciário que, quando acionado, tutela os interesses do cidadão.

Neste sentido, José Afonso da Silva (2007, p. 110) ressalta que:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que na divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Denota-se nas palavras do doutrinador, portanto, a necessidade de haver relação de harmonia entre os três poderes da União, de modo a garantir uma prestação melhor e mais eficaz dos fins sociais do Estado democrático.

O sistema de freios e contrapesos a que o autor se refere no texto está relacionado à já mencionada obra *O Espírito das Leis*, de Montesquieu. Em linhas gerais, o teórico fala da necessidade de que um poder controle o outro, mitigando desta forma a independência existente entre eles. Dessa forma, não existiria uma divisão absoluta dos poderes da União, mas relação harmônica entre eles (LENZA, 2011). O Brasil adotou essa teoria, como pode ser percebido na leitura do art. 2º da Constituição Federal, que afirma serem os poderes da União “**independentes e harmônicos** entre si” (grifo nosso).

Como exemplo da existência do sistema de freios e contrapesos no Brasil, pode-se mencionar a hipótese de julgamento pelo Senado Federal, após exame de admissibilidade

positivo realizado pela Câmara de Deputados, nos crimes de responsabilidade do Presidente da República e, também, o direito que a Constituição Federal oferece ao Presidente da República de editar decretos e medidas provisórias, permitindo-o deste modo, exercer função tipicamente legislativa.

Preconiza o art. 84 da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

[...]

XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62; [...].

Posto isso, Silva (2007, p. 110) ainda acrescenta:

Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescentam atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro.

Está consubstanciado no art. 2º, como refere o autor, não apenas a independência, mas a existência de uma harmonia entre os poderes de modo a garantir que um poder não venha a interferir em outro, ou seja, não haja ingerência de um poder sobre o outro, visando à efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

1.3 A efetivação dos direitos fundamentais sociais: omissão legislativa x ativismo judicial

São cada vez mais recorrentes os casos em que o Judiciário tem “invadido” a esfera de atuação do Poder Legislativo, em face da inércia do Poder Público.

Como exemplo, pode-se mencionar a edição de súmulas vinculantes e enunciados que fazem com que o Judiciário acabe por usurpar de uma função típica legislativa. É semelhante ao que tem ocorrido com o tratamento do remédio do Mandado de Injunção pelo Supremo Tribunal Federal.

Preliminarmente, porém, é necessária a leitura do dispositivo que trata do remédio do Mandado de Injunção.

Prescreve o art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988:

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; [...].

Neste aspecto se insere o remédio constitucional do Mandado de Injunção que visa, em linhas gerais, dar efetividade às normas constitucionais de direitos fundamentais que carecem de regulação pelo legislativo, as denominadas normas constitucionais de eficácia limitada.

A despeito dessa conduta omissa do legislativo, os constitucionalistas Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p. 1216) aduzem:

De resto, uma sistemática conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF/88, art. 5º, XXXV). Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito (CF/88, art. 1º).

Como bem foi salientado, o Mandado de Injunção é uma ferramenta com fulcro a garantir a eficácia de normas constitucionais não regulamentadas, ou seja, as de eficácia limitada. O cerne da questão, portanto, se centraliza no fato de a Constituição Federal de 1988 prescrever um direito ou garantia e tal não estar apto para ser exercido/invocado devido à inércia do legislativo no que concerne à edição da norma em questão, ou do Poder Público na concretização do direito.

Para melhor elucidação, faz-se uso da definição de Mendes e Branco (2011, p. 1317):

O art. 5º, LXXI, da Constituição previu, expressamente, a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

É de se perceber que, deste modo, em não havendo a edição da norma, o cidadão que fosse beneficiado com tal, seria tolhido de um direito que lhe foi constitucionalmente garantido.

Cumprе destacar, atualmente, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal quando da apreciação do Mandado de Injunção, revela uma postura de ativismo judicial no

sentido de garantir a efetividade de direitos fundamentais que carecem de norma regulamentadora. O Supremo tem consagrado cada vez mais a postura concretista em suas recentes decisões. Sobre o tema, Pedro Lenza (2011, p. 953) aduz com muita clareza:

A posição não concretista, por muito tempo, foi a dominante no STF (vide MI 107-DF). Esse posicionamento sofreu as nossas críticas na medida em que tornar-se-ia inviável o exercício de direitos fundamentais, na persistência da inércia legislativa. A providência jurisdicional, nesses termos, mostrava-se inócuca.

A atuação do Supremo Tribunal Federal, que outrora fora de mero coadjuvante quando do processo do mandado de injunção, hodiernamente tem adotado um papel de condutor da recepção dos direitos como uma figura atuante no que concerne à tutela dos direitos e garantias fundamentais de eficácia limitada. Tal afirmação se justifica devido à adoção do Supremo de uma postura concretista na apreciação desse remédio constitucional. A posição concretista individual intermediária, adotada pelo Supremo, hodiernamente no julgamento do Mandado de Injunção, é conceituada por Lenza (2011, p. 953) como: “Julgando procedente o mandado de injunção, o Judiciário fixa ao 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”.

Posto isso, aponta-se para uma conduta cada vez mais frequente e ativa do Judiciário na apreciação do mandado de injunção, garantindo ao particular o exercício que lhe foi concedido pela Carta Magna, mas que não foi regulamentado pelo Poder Público.

Em que pese haver discussão acerca da invasão do Poder Judiciário na esfera de atuação do legislativo, há que se notar que o Mandado de Injunção é um remédio cada vez mais eficaz no tocante à aplicação da norma constitucional. Dito de outro modo, o Mandado de Injunção tem por fim fazer valer o que a Constituição Federal prescreve.

Nessa esteira, louváveis são as palavras de José Joaquim Gomes Canotilho (apud MACHADO, 2004, p. 5):

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 vasar em moldes normativos regras actuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância 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, o mandado de injunção logrará seus objectivos. (sic).

Tais ensinamentos são inspiradores, porém, ao contrário do que tem ocorrido ultimamente com a adoção pelo Supremo Tribunal Federal de uma condução mais ativista, o *mandamus* sempre foi um remédio ineficaz, visto que não cumpria seu objetivo maior, qual seja, garantir a aplicabilidade de um direito fundamental constitucional.

Isto se deve à posição não concretista que durante muito tempo vigorou no âmbito do Supremo. A Corte Maior, quando da análise do Mandado de Injunção, se prestava apenas a notificar o legislativo acerca da inexistência de determinada norma que deveria ser confeccionada por este. Enquanto isso, o Poder Público, respaldado pelo princípio constitucional da independência dos poderes, tendo em vista que o judiciário não poderia obrigar o legislativo a legislar, se mantinha inerte, ou seja, não editava a referida lei na norma constitucional.

Neste sentido, o julgado colacionado abaixo reflete o entendimento do Supremo Tribunal Federal à época, julgado em 19/03/1991 pelo Tribunal Pleno, tendo como Relator o Min. Sepúlveda Pertence:

MANDADO DE INJUNÇÃO: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, par. 3º, 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. (STF, DJ 14/11/1991, PP-16355 EMENT vol, 01642-01 PP 00001-RTJ vol. 00135-03 PP 00882).

Deste modo, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal se restringia a cientificar o legislativo de que o mesmo se encontrava em mora e que sua omissão estava causando prejuízos para o cidadão beneficiário da norma constitucional. Contudo, como fora referido, o judiciário não invadia a esfera de atuação do legislativo visto que não poderia obrigar o legislativo a legislar, sendo que tal postura infringiria o princípio de separação dos poderes e, por consequência, o estado democrático de direito.

Nota-se também, que no ânimo de que o cidadão tivesse o seu direito regulamentado, o judiciário facultou ao mesmo o ingresso de ação por perdas e danos diante da negativa do legislativo em editar a norma.

1.3.1 Eficácia e aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais

Não se pode deixar de mencionar que para a realização dos objetivos de justiça social, há que se atingir os fins sociais propostos na Carta Magna com relação aos direitos sociais, mais conhecidos como direitos de segunda geração, normas declaratórias e assecuratórias dos direitos fundamentais, que se classificam em eficácia plena, contida e limitada.

Cumpre destacar nesse sentido, as lições de Silva (2007, p. 115):

A constituição é expressa sobre o assunto quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, pois a Constituição mesmo faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrada dentro os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, **são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas com as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.** (grifo nosso).

Pode-se concluir, portanto, que a maioria das normas que prescrevem direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal são de aplicabilidade imediata, pois não demandam existência de legislação ulterior sobre seu objeto.

Existem, no entanto, outras normas definidoras de direitos e garantias estatuídas na Constituição Federal que têm sua aplicabilidade diferida a uma posterior atuação do Poder Público. Sobre estas normas, Mendes e Branco (2011, p. 80) aduzem com clareza:

O terceiro grupo de normas constitucionais compõe a classe das normas constitucionais de eficácia limitada (ou reduzida). Estas somente produzem os seus efeitos essenciais após um desenvolvimento normativo posterior, a cargo dos poderes constituídos. A sua vocação de ordenação depende, para ser satisfeitas nos seus efeitos básicos, da interpolação do legislador infraconstitucional. São normas, pois, incompletas, apresentando baixa densidade normativa.

Tem-se então, que tais normas não são capazes de gerar seus efeitos, pois necessitam de regulamentação. Insta referir que estes direitos e garantias serão o objeto do Mandado de Injunção, razão pela qual se diz que o *mandamus* é um remédio de combate à síndrome de inefetividade das normas constitucionais. Cumpre destacar que existem também outros mecanismos com fulcro a tutelar direitos e garantias fundamentais.

A Constituição Federal de 1998, como já mencionado anteriormente, apresenta em seu texto normas constitucionais de eficácia plena, contida e de eficácia limitada para proteção das situações subjetivas que tutelam valores fundamentais para o cidadão (SILVA, 2007).

Neste sentido, é importante o conceito utilizado para explicar o que são essas situações subjetivas. Silva (2007, p. 170) demonstra que a:

[...] situação jurídica subjetiva como a posição que os indivíduos ou entidades ocupam nas relações jurídicas, e que lhes possibilita realizar certos interesses juridicamente protegidos ou os constringe a subordinar-se a eles.

Denota-se que devido ao extenso rol de direitos e garantias fundamentais, são várias as situações jurídicas tuteladas pelas normas constitucionais. No que se refere a sua aplicabilidade, estas se dividem em normas de eficácia plena, contida e limitada, como bem refere o supracitado autor.

Convém adiantar que a tutela dos direitos e garantias fundamentais está expressa de forma inequívoca no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, ou seja, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Nessa esteira, cumpre fazer uma análise dos remédios constitucionais, também chamados de instrumentos de tutela das liberdades, que têm por objetivo garantir a aplicabilidade das normas constitucionais.

1.3.2 Instrumentos de tutela das liberdades

Os instrumentos de tutela das liberdades têm por objetivo, como já referido, garantir a aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais, normas de eficácia limitada, estampados no texto constitucional.

O legislador constituinte prescreveu tais ferramentas, visando a assegurar ao cidadão brasileiro o alcance aos direitos que lhe foram constitucionalmente garantidos, mas que, por ocasião ou outra, não estão sendo observados.

Já ingressando propriamente na análise desses instrumentos, Mendes e Branco (2011, p. 438) referem que:

[...] o texto constitucional consagra as garantias especiais do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do *habeas data* e do mandado de injunção, como instrumentos destinados à defesa da liberdade de ir e vir (*habeas corpus*), das liberdades públicas em geral em face do Poder Público (mandado de segurança), dos direitos de caráter positivo em face de eventual lesão decorrente de omissão legislativa (mandado de injunção) e dos direitos de autodeterminação sobre dados (*habeas data*).

Desta forma, o que se denota do texto, é que ao titular de um direito fundamental que está sendo tolhido no seu exercício, a Constituição Federal faculta o ingresso no Poder Judiciário para o fim de que esse órgão examine a situação em questão e determine a aplicabilidade/efetivação do direito fundamental, se assim entender correto.

Importante reiterar neste ponto, a leitura do art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, que prescreve: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Neste momento também é relevante fazer uma análise desses instrumentos de tutela das liberdades, contudo, tal estudo se fará apenas de forma genérica, visto não ser esse o tema principal deste trabalho. Tais instrumentos compreendem o rol de remédios constitucionais postos à disposição do cidadão brasileiro para que este alcance a efetivação de seus direitos fundamentais. Por isso, mesmo que não de forma exaustiva, eles carecem de compreensão.

Inicialmente, cabe destacar o remédio constitucional do *habeas corpus*, sendo a primeira garantia dos direitos fundamentais, o qual remonta o ano de 1215 (LENZA, 2011, p. 940).

Na Constituição Federal de 1988, esse instituto vem prescrito no art. 5º, inciso LXVIII, segundo o qual este será concedido “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso do poder.”

Deste modo, observa-se que “O *habeas corpus* destina-se a proteger o indivíduo contra qualquer medida restritiva do Poder Público à sua liberdade de ir, vir e permanecer.” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 467).

Desta forma, pode-se afirmar que o *habeas corpus* foi um remédio constitucional elaborado para um fim específico, qual seja, garantir ao cidadão invocar no âmbito do judiciário a violação de seu direito de liberdade de locomoção e pedir que tal direito lhe seja garantido.

Outro instrumento de tutela, frequentemente usado, é o mandado de segurança, que vem preconizado no art. 5º, inciso LXIX, da CF/88. Refere, portanto, o dispositivo citado, que o *mandamus* será concedido:

Para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Em linhas gerais, Lenza (2011, p. 945) ensina que:

[...] excluindo-se a proteção de direitos inerentes à liberdade de locomoção e ao acesso ou retificação de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, através do mandado de segurança, busca-se a invalidação de atos de autoridade ou a supressão dos efeitos da omissão administrativa, geradores de lesão a direito líquido certo, por ilegalidade ou abuso de poder.

Ainda refere o autor que “o direito líquido e certo é aquele que pode ser demonstrado de plano mediante prova pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória.” (LENZA, 2011, p. 945).

Cumprido destacar, que o mandado de segurança é importante remédio constitucional de combate a arbitrariedades e injustiças cometidas por órgãos que exercem função pública. Desta forma, ao judiciário incumbe fazer uma análise quando da impetração do remédio para sanar essas eventuais injustiças e violações aos direitos tidos como líquidos e certos.

Passando à análise do instrumento do *habeas data*, este vem disposto no art. 5º, inciso LXXII, da Constituição Federal de 1988, que assim prescreve a concessão do remédio:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

Neste sentido, Mendes (2011, p. 490) aduz que:

O texto constitucional não deixa dúvida de que o *habeas data* protege a pessoa não só em relação aos bancos de dados das entidades governamentais, como também em relação aos bancos de dados de caráter público geridos por pessoas privadas.

Embora não tão comumente usado quanto os dois instrumentos anteriores, o *habeas data* continua sendo de relevante aplicabilidade, eis que garante ao cidadão o ingresso no judiciário a fim de obter informações de caráter pessoal que estejam em posse de entidades governamentais ou caráter público, ou mesmo retificar tais informações sem a necessidade de ingressar com um processo específico, que viria a lhe gerar maior ônus.

Ante o exposto, destaca-se, nesta etapa, a importância do Mandado de Injunção. E para demonstrar essa afirmação, no próximo capítulo serão desenvolvidos aspectos referentes à origem, natureza jurídica, objetos, característica, bem com a sua efetivação para garantia de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

2 MANDADO DE INJUNÇÃO: EFETIVAÇÃO DO ART. 5º, INCISO LXXI

Para a efetivação dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, o constituinte originário inseriu no texto constitucional uma ferramenta jurídica hábil para assegurar ao cidadão o alcance às normas postas em seu texto.

Inicialmente, cumpre destacar que o sistema constitucional apresenta normas que carecem de eficácia plena, quais sejam, normas de eficácia limitada, que não raras vezes torna inviável o exercício de direitos.

Nessa esteira, o Mandado de Injunção surge como remédio para sanar o vício da omissão legislativa. Embora seja pouco utilizado, o Mandado de Injunção assume relevante papel quando possibilita ao cidadão impetrá-lo na falta de norma regulamentadora que inviabilize o exercício e efetivação de seus direitos.

Frisa-se, do exposto, que todo e qualquer direito constitucional, em sua mais ampla concepção, pode ser objeto do mandado de injunção, e isso encontra guarida no entendimento do Supremo Tribunal Federal.

2.1 Origem e natureza jurídica

Inicialmente, é importante consignar acerca do significado do vocábulo *injunção*. Nos dizeres de Carlos Augusto Alcântara Machado (2004, p. 49), tem-se:

O vocábulo *injunction* designa, conforme registro do *The constitution law dictionary*, uma ordem que se traduz numa proibição (vedação de atos violadores do direito) ou na determinação de ação específica (ordenar prática de ato cuja omissão viola o direito), proporcionando, caso descumprida, uma típica situação de desacato à Corte (*contempt of court*) que possibilita a decretação da prisão da pessoa que desconsidera a ordem judicial.

Não se pode negar, portanto, que a injunção tem um sentido específico quando exige o cumprimento de um direito que foi violado. Pode-se ainda afirmar que o instituto inserido na CF/88 foi concebido com o intuito de ser uma medida judicial eficaz para coibir abusos da autoridade.

Quanto ao surgimento dessa ferramenta, o remédio Mandado de Injunção é instituto que remonta há séculos, como se pode notar na doutrina de Silva (2007, p. 448):

O mandado de injunção é um instituto que se originou na Inglaterra no séc. XIV, como essencial remédio da Equity. Nasceu, pois, do Juízo de Equidade. Ou seja, é um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando falta norma legal (statutes) regulando a espécie, e quando a Common Law não oferece proteção suficiente.

É visto, portanto, que a preocupação em garantir o exercício de direitos constitucionais pelo cidadão se fazia presente já no século XIV, dado esse que evidencia sua importância e relevância no contexto jurídico.

Cabe salientar também, que o Mandado de Injunção se faz presente, como refere o autor, tanto no sistema jurídico da *Civil Law*, considerando a hipótese de ausência de norma legal regulando o direito, quanto no sistema da *Common Law*, quando este não oferece proteção suficiente ao cidadão.

No que concerne à origem do instituto, ordenamentos alienígenas, entre eles o direito italiano, francês, alemão e português apresentam-no com algumas peculiaridades que se fazem importantes para o entendimento da sua natureza jurídica.

No direito italiano, o Mandado de Injunção é reconhecido no campo processual civil como forma de tornar o processo mais simples do que o procedimento ordinário. Sua finalidade é a obtenção de uma decisão condenatória, “podendo, ainda, ser utilizado como uma forma especial de se exigirem créditos tributários sem ter de se recorrer a um título executivo.” (MACHADO, 2004, p. 53).

Já no direito francês, a injunção é utilizada para obtenção de pequenos créditos civis e comerciais, possibilitando que o credor receba do devedor de forma simplificada e mais rápida. “[...] Aqui, mais uma vez constata-se a presença do chamado procedimento monitório [...]” (MACHADO, 2004, p. 55). Enquanto isso, no direito alemão,

É chamada *verfassungsbeschwerde*, em que “o Tribunal Constitucional decide sobre a pretensão de ter sido o cidadão prejudicado pelo Poder Público em seus direitos fundamentais, ou em direitos constitucionais expressamente indicados, desde que não haja meio ordinário de proteção”. (MACHADO, 2004, p. 55).

Neste ponto cabe referir que o instrumento processual constitucional alemão traz contornos significativos quando aborda a possibilidade ser utilizado como meio sanatório da violação dos direitos fundamentais e constitucionais.

Por fim, observa-se que no direito português, a injunção traz como característica principal a sua utilização quando da omissão do legislador no cumprimento de sua atividade legiferante referente aos direitos do cidadão. Segundo Machado (2004, p. 57), no direito português “o destinatário das disposições constitucionais e das ordens de legislar, cujo não cumprimento conduz à inconstitucionalidade por omissão, é, nos termos constitucionais, o legislador [...]”

Assim, pode-se dizer diante dessa breve análise, que em todos os direitos alienígenas a característica predominante da injunção é ser um instrumento posto à disposição do cidadão, com objetivo predominante de proporcionar a este o exercício de um direito, seja ele civil ou tributário. Posto isso, cabe destacar que o sistema que mais se assemelha ao remédio inserido na CF/88 é, salvo melhor juízo, o anglo-americano.

No Brasil, convém salientar que ao ser considerado uma nova garantia insculpida no art. 5º, inciso LXXI, o Mandado de Injunção constitui-se em uma ação constitucional posta à disposição de quem se considera titular de qualquer dos direitos, liberdade ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora.

O Mandado de Injunção, portanto, tem a natureza jurídica de ação processual constitucional e tem como finalidade precípua preservar um direito inviabilizado pela omissão do legislador.

Outra questão que merece ser analisada diz respeito à autoaplicabilidade do instituto. Ocorre que, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a discussão que se fez presente entre os juristas dizia respeito a qual seria o grau de eficácia, conferido pelo legislador constituinte originário, ao remédio constitucional do Mandado de Injunção.

Diversos doutrinadores, quando da promulgação da Carta Magna de 1988, calcaram entendimento no sentido de que a norma insculpida no art. 5º, inciso LXXI, detinha eficácia plena, ou seja, estaria pronta para ser utilizada sem que fosse necessária a confecção de norma que a regulamentasse.

Tal consideração se deu em observância ao § 1º do mencionado art. 5º, que refere: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Posto isso, e considerando o fato de que o Mandado de Injunção foi criado como garantia fundamental, bem como outros remédios constitucionais como o *habeas data*, *habeas corpus* e o mandado de segurança, o entendimento preliminar firmado consistia em que o Mandado de Injunção seria uma norma autoaplicável.

Tal argumento, no entanto, se mostrou insuficiente à época para embasar a natureza de autoaplicabilidade do mandado, sendo que, conforme se verificou posteriormente, diversos institutos arrolados no art. 5º da CF/88 reclamavam intermediação legislativa, em que pese o disposto no § 1º da norma constitucional.

Desta forma, como meio de se chegar a uma conclusão segura de qual seria a real aplicabilidade do Mandado de Injunção, foram tomadas como elemento de interpretação os trabalhos dos constituintes responsáveis pela elaboração da Constituição Federal de 1988.

Sobre o tema, Machado (2004, p. 62) aduz claramente que

Quando da elaboração do Texto Constitucional, diversos projetos foram apresentados e, especificamente em relação ao mandado de injunção, várias propostas existiram. A gênese do dispositivo que, na redação final deu origem ao atual art. 5º, LXXI, continha a expressão “na forma da lei” (Projeto de Constituição “A”), posteriormente suprimida (Projeto de Constituição “B”), permite concluir que o legislador constituinte não desejava transferir ao legislador ordinário a incumbência de regulamentá-lo, apesar de inexistir qualquer vedação.

Ao analisar os trabalhos de elaboração da Carta de 1988, portanto, como bem refere o autor mencionado, verifica-se que o legislador constituinte não desejou que o remédio constitucional dependesse de ulterior regulamentação pelo legislador ordinário e, sendo assim, optou pela autoaplicabilidade da norma insculpida no art. 5º, inciso LXXI.

Ademais, corrobora com esse entendimento o constitucionalista J. J. Gomes Canotilho, que assim refere sobre o tema:

A norma regulamentadora do mandado de injunção não é, ela própria, uma simples norma programática, no sentido de que seu objeto, conteúdo, extensão e limites dependem da eventual lei reguladora. A entender-se assim, chegar-se-ia a resultados paradoxais: uma ação constitucional dirigida contra a inação normativa ficaria inerte em virtude da falta de lei regulamentadora! (apud MACHADO, 2004, p. 63).

Não obstante as palavras do ilustre doutrinador anteriormente referido surgiram no Brasil determinados projetos de lei com o intuito de ver regulada a matéria do mandado de injunção.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do MI nº 107-DF, RTJ 133/11, em 23-11-1989, por unanimidade, firmou entendimento no sentido da aplicação imediata do remédio e também, que o procedimento do Mandado de Injunção seguiria, por aplicação analógica, o disposto acerca do mandado de segurança, no que for compatível.

Por fim, cabe aduzir ante o exposto, que não se faz mais pertinente a discussão sobre a autoaplicabilidade do Mandado de Injunção tanto pelo entendimento calcado pelo Excelso Pretório, quanto pela disposição legal do art. 24, parágrafo único da Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, que prescreve: “No mandado de injunção e no *Habeas Corpus* serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica.” Assim, a discussão em torno da processabilidade do Mandado de Injunção chega a termo, eis que se utilizam os mesmos passos para a sua apresentação em juízo daqueles estabelecido na Lei n. 12.016/20009.

2.2 Finalidades e cabimento

O Mandado de Injunção tem como finalidade primordial, como já referido, efetivar um direito garantido ao cidadão pela Constituição Federal, visto que a mera disposição da Carta Magna sobre determinada norma prescrever um direito, sem sua regulamentação, a torna ineficaz, ou seja, obsta o alcance pelo cidadão do direito posto na norma não regulamentada.

Neste sentido, Silva (2007, p. 448) aduz com clareza:

Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal finalidade consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação.

Frisa-se, portanto, que a ausência de regulamentação da norma pode ser vista como uma violação ao direito ou prerrogativa garantido na Constituição, já que sua finalidade é realizar concretamente, em favor do impetrante, o direito, a liberdade ou a prerrogativa.

Essa afirmação reforça as palavras do autor, que assim se expressa:

O conteúdo da decisão consiste na outorga direta do direito reclamado. O impetrante age na busca do direito constitucional em seu favor, independentemente da regulamentação. Por isso é que dissemos que ele precisa ter interesse direto no resultado do julgamento. (SILVA, 2007, p. 452).

O impetrante busca, portanto, por meio do mandado, efetivar o exercício de um direito que lhe foi garantido, mas que ao mesmo tempo lhe é negado por faltar norma regulamentadora.

Nessa esteira, Silva (2007, p. 453) refere que:

Não importa a natureza do direito que a norma constitucional confere; desde que seu exercício dependa de norma regulamentadora e desde que esta falte, o interessado é legitimado a propor o mandado de injunção quer a obrigação de prestar o direito seja do Poder Público, quer incumba a particulares. Vale dizer, cabe mandado de injunção nas relações de natureza pública como nas relações privadas, como, p. ex., nas relações de emprego privados, hipóteses de direitos previstos no art. 7º.

Isto quer dizer que, de um lado, basta a ausência da norma regulamentando o direito, a liberdade, ou a prerrogativa, para que seja viabilizado a impetração do mandado de injunção. Por outro, não significa que a decisão judicial visa “a expedição da norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de regulamentação [...]” (SILVA, 2007, p. 450), haja vista que o fim pretendido é a efetivação do direito não regulamentado.

Pode-se afirmar, diante disso, que o fim a que se destina o Mandado de Injunção, quando infere a prestação de tutela jurisdicional para sanar vício da omissão legislativa, não está em suprir a lacuna legal existente, mas garantir que um direito subjetivo garantido pela Constituição Federal seja efetivado.

No tocante à ausência de conduta regulamentadora desse direito subjetivo, Machado (2004, p. 138) sustenta que:

A inércia dos Poderes Públicos, sua conduta omissiva prolongada no tempo, provoca uma mutação inconstitucional, trazendo graves danos à ordem constitucional, pois funciona como verdadeiro bloqueio à concretização de valor/direitos fundamentais consagrados pelo legislador constituinte.

Diante dessa violação aos direitos subjetivos, a doutrina moderna, com fulcro a garantir maior eficácia da tutela jurisdicional, passou a sustentar a adoção da teoria concretista quando do processamento e julgamento do remédio constitucional.

Conforme referido anteriormente, a atuação do órgão julgador do mandado passou de mero coadjuvante da relação legislador e cidadão, para uma atuação mais concreta no sentido de garantir ao titular o exercício do direito não regulamentado, mesmo que permanecendo inerte o legislador.

Nesse mesmo rumo Machado (2004, p. 137) aduz que:

Esse é o motivo pelo qual a doutrina nacional, de forma majoritária, vem perseguindo a difusão da corrente concretista individual, conferindo ao mandado de injunção sua real missão, qual seja, a de instrumento implementador de direitos constitucionais pela falta de norma regulamentadora, a de instrumento de efetividade da Constituição.

Percebe-se, ante o exposto, que a adoção da teoria concretista do Mandado de Injunção surge em momento adequado, eis que o remédio era tido até então como instrumento inócuo, não tendo resultado eficaz no sentido de conceder ao titular do direito o bem da vida pretendido.

Isto se deve em face da falta de agir do judiciário, visto que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do *mandamus*, se prestava tão somente a notificar o órgão responsável por legislar acerca dessa sua responsabilidade sem, no entanto, poder obrigá-lo a cumprir sua função devido à separação de poderes.

Desta maneira, o Mandado de Injunção assume papel relevante no contexto jurídico enquanto concretizador da norma de eficácia limitada na Constituição Federal, embora esta careça de regulamentação pelo Poder Público.

As palavras de Machado (2004, p. 139) sintetizam esse entendimento:

Buscou-se, acima de tudo, garantir um instituto que foi pensado para conferir efetividade à Constituição que, não obstante seus nobres designativos (*Lex Maxima*, *Lex Legum*, Carta Magna, Lei das Leis, *Lex Mentalis*, Lei Maior) não vem sendo observada com rigor. O direito constitucional necessita alcançar interpretação emancipatória, libertando-se das amarras do conservadorismo que impede o avanço responsável. Certo é que não se proclama o abandono de valores tradicionais. Entretanto, o presente recebe o passado para construir o futuro que possibilite aos operadores do direito e ao povo em geral confiar em que a Constituição, em nosso Estado Democrático de Direito, será efetivamente cumprida e aplicada.

Consoante as palavras esclarecedoras de Machado (2004), importante frisar apenas que a adoção da posição concretista no processo e julgamento do mandado de injunção surge

como uma garantia ao cidadão brasileiro do exercício de seu direito, sem que este fique dependendo da boa vontade do Poder Público em regular a matéria pretendida.

2.2.1 Quem pode impetrar o mandado de injunção

Passando a uma análise intrínseca do instituto, pode-se se dizer nessa etapa que são pressupostos do Mandado de Injunção, a falta de norma regulamentadora e interesse *ad causam*, ou seja, ser o impetrante beneficiário direto do direito, liberdade ou prerrogativa reclamada.

Nesta esteira, enfatiza Machado (2004, p. 96) que:

Em sede de mandado de injunção, está legitimado para sua impetração o titular do direito da liberdade constitucional ou da prerrogativa inerente à nacionalidade, à cidadania ou à soberania. Vale dizer: dispõe de legitimidade ativa *ad causam* aquele a quem houver sido atribuída *in abstracto*, pela própria Constituição, tal titularidade, cujo exercício esteja sendo obstado por uma situação de *vacuum juris* imputável ao Estado (Poder Público) e objetivamente configurada pela ausência de norma regulamentadora.

Diante disso, observa-se que está legitimado para agir no polo ativo, aquele que teve inviabilizado o exercício de direito, liberdade ou prerrogativas. Ainda pertinente ao tema, Silva (2007, p. 449) ensina que “[...] o interesse de agir, mediante mandado de injunção decorre da titularidade do bem reclamado, para que a sentença que o confira tenha direta utilidade para o demandante [...].” Assim, o conteúdo decisório possibilitará que o titular do direito reclamado vislumbre a sua concretização.

Portanto, conclui-se que o Mandado de Injunção deve cumprir os requisitos genéricos para tramitação de qualquer processo, ou seja, interesse para causa, legitimidade ativa e passiva e possibilidade jurídica do pedido.

2.2.2 Autoridades contra quem se impetra

Seguindo a análise, no tocante ao polo passivo, não há muito que se discutir, haja vista que o Supremo Tribunal Federal entende que as regras estão consagradas no texto constitucional e em vários acórdãos já firmou esse entendimento, enfatizando que, “[...] a ação de mandado de injunção há de dirigir-se contra a autoridade ou órgão que tem o dever de regulamentar a norma constitucional [...]” (MACHADO, 2004, p. 99).

Com base nesse entendimento, evidencia-se que a autoridade contra quem se impetra o Mandado de Injunção é o poder, órgão ou autoridade que deveria regulamentar a norma.

No MI nº 288-6-DF a Suprema Corte de forma incisiva, deixou claro que:

somente pessoas estatais podem figurar no polo passivo da relação processual instaurada com a impetração do mandado de injunção, eis que apenas a elas é imputável dever jurídico da emanção de provimentos normativos. (MACHADO, 2004, p. 99).

Trata-se de posicionamento fechado que não permite sequer que particulares possam participar como litisconsortes. Considerando a natureza mandamental do Mandado de Injunção, é óbvio que o mesmo se dirige às autoridade ou órgãos que deixaram de cumprir com sua função legiferante, já que o objeto da injunção é suprir a omissão legislativa.

É imperioso enfatizar que não há que se confundir legitimidade passiva com competência, pois são institutos diferentes, mas que em algum momento se confundem, notadamente, quando houver interesses difusos tutelados pelo Ministério Público.

2.3 Competência e procedimento

No que concerne à competência para processamento de julgamento, considerando a natureza mandamental do Mandado de Injunção, e que é impetrado contra poderes e autoridades estatais omissos, nota-se que a CF/88 traz, de forma expressa, a competência para processar e julgar com relação ao Mandado de Injunção.

Com a leitura do texto constitucional, percebe-se em relação ao Mandado de Injunção que as normas relativas à competência para seu processamento e julgamento fixam regras de competência em razão da pessoa, ou *rationae personae*.

Desta forma, a competência para processar e julgar que ora será do Superior Tribunal de Justiça, ora do Supremo Tribunal Federal, dependerá do critério da pessoa, órgão, ou entidade do Poder Público omissos na elaboração da lei regulamentadora.

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

[...]

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

[...]

De antemão, cumpre referir no tocante à esfera recursal, que a Constituição Federal de 1988 atribui competência ao Supremo Tribunal para o julgamento do Mandado de Injunção em sede de recurso ordinário, desde que este seja decidido em uma única instância pelos Tribunais Superiores.

Posto isso, segue a descrição do art. 102 da atual Constituição Federal de 1988:

II – julgar, em recurso ordinário:

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

[...].

Não obstante, como pode ser observado e conforme se aduziu anteriormente, também detém competência originária para o processamento e julgamento do mandado o Superior Tribunal de Justiça, como se extrai do texto constitucional que em seu art. 105 refere:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – Processar e julgar, originariamente:

[...]

h) o mandado de injunção, **quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta**, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal; (grifo nosso)

Ademais, a Carta Magna segue sua abordagem sobre o Mandado de Injunção, prescrevendo o cabimento de recurso contra decisões de Tribunal Regional Eleitoral que denegue o *mandamus*:

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

[...]

§ 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

[...]

V - denegarem *habeas-corpus*, mandado de segurança, *habeas-data* ou mandado de injunção.

Importante consignar nesta etapa, sobre a competência dos Tribunais Estaduais para processamento e julgamento do Mandado de Injunção.

Sobre o tema, Roque Antonio Carraza (apud MACHADO, 2004, p. 84) aduz que “os estados poderão regular, em suas Constituições – desde que observem diretrizes básicas da constituição da República – a competência para processar e julgar mandado de injunção.”

Em que pese existir entendimentos diversos, tais são minoria, se mostrando a doutrina quase que unanimemente no sentido de admitir a competência dos Tribunais Estaduais desde que, é evidente, estejam consoantes a Constituição Federal de 1988.

Posto isso, o que se verifica ante a leitura de algumas Constituições Estaduais é a adoção pelas Assembleias Legislativas desse entendimento da doutrina. Exemplo disso é a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, quem em seu texto estabelece que:

Art. 95. Ao Tribunal de Justiça, além do que lhe for atribuído nesta Constituição e na lei, compete:
 [...]
 XII – processar e julgar:
 [...]
 b) os mandados de segurança, os *habeas data* e os mandados de injunção contra atos ou omissões do Governador do Estado, da Assembleia Legislativa e seus órgãos, dos juízes de primeira instância, dos membros do Ministério Público e do Procurador-Geral do Estado;
 [...]
 e) os mandados de injunção contra atos ou omissões dos Prefeitos Municipais e das Câmaras dos Vereadores.

Tal leitura que se faz acerca da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, se faz também presente nas constituições dos demais estados-membros da União, desde que, como referido, estejam tais diplomas de acordo com as diretrizes básicas da Constituição Federal de 1988.

2.4 Diferenças entre o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Necessário se faz, primeiramente, definir a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) para, após, compreender as diferenças existentes entre essa e o instituto Mandado de Injunção.

Cabe mencionar que, a ADO é uma inovação da CF/88 que visa a combater a omissão legislativa que é conhecida como a síndrome da inefetividade das normas constitucionais (MACHADO, 2004).

Tem-se no entendimento de Paulo Roberto de Figueiredo Dantas (2012, p. 164), que:

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por objeto, portanto, conceder plena eficácia às normas constitucionais que dependam de complementação legislativa por norma infraconstitucional. Caberá referida ação, em outras palavras, quando houver omissão do Poder Público em relação às normas constitucionais de eficácia limitada (não autoexecutáveis), que dependam de edição de normas regulamentadoras (infraconstitucionais), para garantia de sua aplicabilidade.

Entende-se, outrossim, que a falta da norma regulamentadora inviabiliza a efetivação de direito, liberdade e prerrogativas, portanto, em havendo omissão legislativo cabe ADO.

O art. 103, § 2º da CF/88, ressalta nesse sentido:

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 30 dias.

A previsão legal referida evidencia que a omissão refere-se tanto ao legislativo como aos demais poderes já que a falta de norma regulamentadora engloba atos gerais, abstratos e obrigatórios e não apenas a elaboração da lei.

Luís Roberto Barroso (2004, p. 299) assevera que:

São impugnáveis no controle abstrato da omissão, a inércia legislativa em editar quaisquer dos atos normativos primários suscetíveis de impugnação em ação direta de inconstitucionalidade. O objeto aqui, porém, é mais amplo: também caberá fiscalização da omissão inconstitucional em se tratando de atos normativos secundários, como regulamentos ou instruções de competência do executivo e até mesmo, eventualmente de atos próprios dos órgãos judiciários.

Diante disto, infere-se que desinteressa se a omissão é de caráter geral ou obrigatório, ou ato secundário, porque a ADO é uma ferramenta jurídica com fulcro a preservar a CF/88, visando a sua aplicação.

Cabe alertar que não há que se confundir a ADO com MI, pois apesar de apresentar similitude, os institutos divergem no que concerne às finalidades e efeitos.

Com fundamento nas lições de Silva (2007, p. 450), configura-se que:

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

Busca-se, com o Mandado de Injunção a concretização material do direito, liberdade ou prerrogativa, sendo a decisão judicial determinante para assegurar que na falta de norma regulamentadora, o exercício destes será viabilizado.

Contudo, é interessante apresentar ainda o entendimento de Celso Ribeiro Bastos (1998, p. 245) sobre o tema:

A única semelhança entre esses dois institutos reside no fato que ambos têm cabimento diante da falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A primeira distinção diz respeito a legitimidade ativa. A ação de inconstitucionalidade por omissão só pode ser proposta pelas pessoas ou entidades arroladas no art. 103 da Constituição Federal, enquanto o mandado de injunção pode ser ajuizado por qualquer pessoa que se sinta impedida de exercer um direito constitucionalmente assegurado pela falta de norma regulamentadora que viabilize o exercício desse seu direito. Outra distinção é quanto aos efeitos da decisão proferida que, na ação de inconstitucionalidade por omissão, são *erga omnes* e, no mandado de injunção, são interpartes.

Percebe-se, então, que em ambos os institutos há a falta de norma regulamentadora de natureza infraconstitucional, que certamente daria eficácia à norma constitucional. Assemelham-se sim, no seu ponto de partida, que nada mais é que a omissão legislativa, porém, seguem caminhos completamente diferentes pertinentes à eficácia da decisão.

Sobre a eficácia do Mandado de Injunção, no próximo capítulo pretende-se analisar o entendimento que o Supremo Tribunal Federal vem tendo ao longo do tempo com a interpretação do art. 5º, inciso LXXI, e, assim, concluir que o instituto em estudo é um mecanismo eficaz na medida em que além de defender o exercício de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais seus efeitos atingem as partes envolvidas no pedido.

3 MANDADO DE INJUNÇÃO: O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA

Nesta etapa do trabalho pretende-se fazer uma análise do entendimento que o Supremo Tribunal Federal vem construindo ao longo do tempo quando da interpretação do art. 5º, inciso LXXI da CF/88, que trata do Mandado de Injunção.

Para tanto, a abordagem se dará em torno de julgados que, ao longo dos anos, demonstram a adoção pelo STF de uma conduta mais ativa com relação ao julgamento do *mandamus*. Esses julgados proporcionam, inclusive, como se verá adiante, o alcance pelo cidadão do direito tutelado da norma de eficácia limitada, a qual carece de atuação reguladora do Poder Público, fato que evidencia a adoção da teoria concretista pelo Supremo.

Esse posicionamento quebrou paradigmas e garantiu real efetividade ao Mandado de Injunção, haja vista que a posição não concretista até então utilizada quando do julgamento tornava o remédio inócuo, uma vez que a decisão judicial de procedência da demanda não garantia o bem da vida pretendido pelo postulante, ficando atrelado, portanto, ao livre arbítrio e à boa vontade do Poder Público em regular a matéria objeto da ação.

Cabe referir que, se de um lado se alega haver uma quebra do sistema democrático brasileiro pela aparente invasão do Poder Judiciário no poder legiferante, do outro se denota uma concretização de direitos já garantidos pelo próprio legislativo, quando da elaboração da Carta Magna pelo poder constituinte originário de 1988. Isto posto, pode-se referir que o judiciário, ante a omissão do Poder Público, está tão somente proporcionando ao cidadão o exercício de direito que o próprio legislativo se propusera a oferecer.

3.1 MI nº 95/RR – o direito ao aviso prévio proporcional e a posição não concretista do Supremo Tribunal Federal

A posição inerte do STF, enquanto órgão incumbido de processar e julgar o Mandado de Injunção, é amplamente perceptível no julgado trazido para análise.

No caso em análise, apreciado em 07 de outubro de 1992, o Supremo fora acionado para julgar questão que trata da inexistência de norma regulamentadora, uma norma de eficácia limitada, portanto, referente a um direito social garantido pela CF/88.

O texto constitucional, em seu art. 7º, quando trata dos direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, dispõe o seguinte:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
 [...]
 XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
 [...]

Em vista desta norma, o autor do referido mandado, sendo demitido do Banco de Roraima S/A, empresa na qual laborava há vários anos, impetrou Mandado de Injunção para ver efetivado o seu direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Insta referir que a demanda fora proposta na Junta de Conciliação e Julgamento, à época existente.

Notificado, o Banco Roraima S/A em sede de contestação aduziu pela inadmissão do mandado, sustentando que a Junta de Conciliação e Julgamento não é a competente para julgar o mandado, mas sim, o Supremo Tribunal Federal, considerando que a omissão questionada se deu pelo Congresso Nacional. Também, manifestou-se a empresa que o *mandamus* não é autoaplicável, razão pela qual o pedido seria juridicamente impossível.

Por fim, considerando não ser da alçada da Junta de Conciliação e Julgamento, o feito foi remetido para o Supremo Tribunal Federal para regular julgamento.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se confirmando a autoaplicabilidade do mandado e opinou pelo não conhecimento da ação nos termos que seguem:

[...] consoante decidiu esta alta corte, o mandado de injunção não autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar e que, no caso, “o que o impetrante pretende é, exatamente, a inviável determinação judicial para a prática imediata do ato concreto de satisfação do direito reclamado, referente à percepção do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço”. Além disso, não ocorreu, *in casu*, qualquer situação de mora constitucional “a justificar a atuação do Poder Judiciário, para impelir a falta de iniciativa legislativa”. (STF, MI 95, Relator Min. Carlos Velloso, Relator do Acórdão Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno, julgado em 07/10/1992, DJ 18/06/1993, PP-12108, Ement. vol. 01708-01 PP 00075).

Depreende-se das palavras do Procurador, entendimento no sentido de que não haveria que se acionar o Poder Judiciário para apreciar e sanar o vício da omissão legiferante. Para tanto, aduz ser inviável a reclamação do impetrante no sentido de que o Poder Judiciário não poderia suprir a omissão questionada.

Prosseguindo na análise do acórdão, tendo como relator o Senhor Ministro Carlos Velloso, este proferiu voto em sentido contrário ao parecer do Procurador-Geral, registrando entendimento de que o mandado de injunção:

[...] faz às vezes da norma infraconstitucional ausente e integra o direito ineficaz, em razão da ausência dessa norma infraconstitucional, à ordem jurídica, assim na linha da lição de Celso Barbi, no sentido de que o juiz cria “para o caso concreto do autor da demanda uma norma especial”, ou adota “uma medida capaz de proteger o direito reclamado”. Acrescenta o mestre mineiro: “essa solução está de acordo com a função tradicional da sentença, que é resolver o caso concreto levado ao Poder Judiciário, mas limitando a eficácia apenas a esse caso, sem pretender usurpar as funções próprias de outros poderes.” (STF, MI 95, Relator Min. Carlos Velloso, Relator do Acórdão Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno, julgado em 07/10/1992, DJ 18/06/1993, PP-12108, Ement. vol. 01708-01 PP 00075, p. 82).

É visto, ante as palavras do voto do relator, a tentativa de adoção da moderna teoria concretista no julgamento do Mandado de Injunção. Nesta esteira, prossegue o ministro explanando que:

Esta Eg. Corte entendeu que, com o mandado de injunção, obtém-se o mesmo que se obtém através da ação direta de inconstitucionalidade. Vale dizer, procedente a ação do mandado de injunção, simplesmente dá-se ciência ao órgão incumbido de elaborar a norma regulamentadora de que está ele omissa. Divirjo, *data vênia*, desse entendimento, **entendimento que esvazia a nova garantia constitucional**. (STF, MI 95, Relator Min. Carlos Velloso, Relator do Acórdão Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno, julgado em 07/10/1992, DJ 18/06/1993, PP-12108, Ement. vol. 01708-01 PP 00075, grifo nosso).

Com esse voto, o relator sustentou que a finalidade pretendida pelo remédio constitucional não é outro senão efetivar ao cidadão o direito ou garantia que lhe foi assegurado constitucionalmente, mas que tem seu exercício inviabilizado pela omissão legiferante. Para sustentar sua tese, fez um paralelo do Mandado de Injunção com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, referindo que esta última não deve ter os mesmos efeitos do remédio constitucional, sob pena de se esvaziar, como bem referido pelo Ministro, a nova garantia constitucional.

Prossegue o fundamento de seu voto salientando a diferença existente entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção, referindo que, por terem estes objetos distintos deverão ter também finalidades distintas. Aduz claramente o relator que:

[...] a ação direta de inconstitucionalidade tem por escopo a defesa da ordem jurídica; já o mandado de injunção tem por finalidade proteger direito subjetivo constitucional, direito individual ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania. (STF, MI 95, Relator Min. Carlos Velloso, Relator do Acórdão Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno, julgado em 07/10/1992, DJ 18/06/1993, PP-12108, Ement. vol. 01708-01 PP 00075).

Embora a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tenha o mesmo objeto que a ação constitucional de Mandado de Injunção, a finalidade entre os institutos são diferentes como bem refere. Enquanto a ação direta se presta a proteger o texto constitucional contra o vício da omissão legiferante, o Mandado de Injunção é cabível para atender um direito subjetivo que está sendo violado pela inércia do Poder Público em regular determinada lei.

Posto isso, em contrapartida aos fundamentos do relator, o Senhor Ministro Francisco Rezek optou pela improcedência da demanda, aduzindo que não existe forma de o Judiciário efetivar o exercício da norma não regulamentada.

Aduz, assim, o ministro Rezek ao analisar o processo:

[...] acompanho o relator no tema da competência, visto que o órgão legislativo acusado de omitir-se de dar desdobramento o preceito constitucional é o próprio Congresso. Receio, contudo, não ter como ir além desse ponto de convergência. A tanto me levam minhas próprias ideias sobre o mandado de injunção, também conhecidas da Casa desde alguns anos atrás, e que são aquelas da maioria. Penso, portanto, que, na hipótese, não caberia ao Tribunal estabelecer, dada que fosse a mora do legislador, a norma que cobrisse o caso concreto. (STF, MI 95, Relator Min. Carlos Velloso, Relator do Acórdão Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno, julgado em 07/10/1992, DJ 18/06/1993, PP-12108, Ement. vol. 01708-01 PP 00075).

Com isso, o Ministro Rezek firmou seu entendimento de que não haveria modo de o judiciário efetivar o exercício da norma faltante, tendo em vista que tal atitude extrapolaria sua função.

Segue o Ministro no fundamento de seu voto afirmando que:

No caso, há uma serie de projetos – todos idôneos, cada um levando até certo ponto de maior ou menor avanço a disciplina ordinária do aviso prévio proporcional – na Câmara e no Senado. Nenhum chegou até agora ao seu desfecho, por razões que, imagino, esta Casa não terá maior dificuldade em entender, dado o rosário de tarefas que o Constituinte impôs ao legislador ordinário, o tempo decorrido desde a promulgação da Carta, em um incontornável rol de prioridades. (STF, MI 95, Relator Min. Carlos Velloso, Relator do Acórdão Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno, julgado em 07/10/1992, DJ 18/06/1993, PP-12108, Ement. vol. 01708-01 PP 00075, p. 88).

Desta forma, o Ministro Rezek aduz pela improcedência do mandado em face da prematuridade da Carta Magna de 1988, fazendo referência à existência de normas que tramitam no Congresso Nacional com fulcro a regular a norma objeto do Mandado de Injunção.

Por fim, no julgado ora analisado, os ministros votaram em sua maioria pela procedência da demanda, contudo, deram ao mesmo efeito diverso do pretendido inicialmente pela parte autora, eis que deferiram o mandado para reconhecer a mora legislativa e notificar o Congresso Nacional para que supra a norma regulamentadora.

Esse foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal que se firmou ao longo dos anos. Tornava o remédio do inciso LXXI inócuo frente às omissões legislativas violadoras dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Como visto, isso ocorreu devido ao fato de que o Judiciário se prestava somente, em verificando a omissão, a notificar o Congresso Nacional para que o mesmo elaborasse a norma não regulamentada, sem, contudo, exigir isso do mesmo sob pena de violar a discricionariedade e outros princípios basilares que regem a democracia, como a separação dos poderes da República.

No entanto, no ano de 2007, passados quase 20 anos da promulgação da Carta Magna de 1988, a Corte Suprema em julgamento de Mandado de Injunção proveniente do Distrito Federal, reviu o entendimento que havia tendo até então no tratamento do remédio constitucional inserido no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988, o qual merece análise em parte dada a relevância do mesmo no cenário jurídico constitucional.

3.2 MI nº 721/DF – a aplicação da teoria concretista ao Mandado de Injunção

A demanda ora analisada quebrou um paradigma, um entendimento que havia se firmado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, e que era observado quando do processamento e julgamento do Mandado de Injunção.

Conforme estudo anteriormente realizado, o Mandado de Injunção era tido como uma ação inócua, eis que os efeitos pretendidos pela parte impetrante não eram atingidos, em que pese sobrevir decisão de procedência do mandado. Neste momento, contudo, o Supremo dá

efeitos concretos ante a procedência do Mandado de Injunção, no sentido de proporcionar ao impetrante, o exercício do direito posto na norma carente de regulamentação legislativa.

O remédio aqui estudado teve a relatoria do Ministro Marco Aurélio e foi impetrado por Maria Aparecida Moreira, servidora do Ministério da Saúde, que afirma exercer, desde 22 de outubro de 1986 a função de Auxiliar de Enfermagem na Fundação das Pioneiras Sociais – Sarah Kubitschek, em Belo Horizonte/MG. Evoca o disposto no art. 40, § 4º da Carta Magna, para ressaltar que, nas palavras do Ministro Relator,

[...] a inexistência de lei complementar vem inviabilizando o exercício do direito à aposentadoria, implementado o período consentâneo com o desgaste decorrente do contato com agentes nocivos à saúde, com portadores de moléstia infectocontagiosas humanas e materiais e objetos contaminados. (STF, MI 721, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 divulg. 29-11-2007, public. 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 Ement. vol. 02301-01 PP-00001 RTJ vol. 00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142).

Inicialmente, cumpre destacar a ocorrência de violação a direito subjetivo constitucional em face da omissão do Poder Público em regulamentar a norma constitucional, a exemplo do caso tratado anteriormente.

Cabe destacar o disposto na Constituição Federal de 1988, e que é objeto do Mandado de Injunção estudado:

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

[...]

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

I - portadores de deficiência;

II - que exerçam atividades de risco;

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

Com isso, a impetrante pleiteia seja suprida a lacuna normativa, destacando que faz jus à aposentadoria especial, tendo em vista que labora no seu cargo há mais de 25 anos em atividade insalubre. Ademais, pede a observância do regime geral da Previdência Social.

Notificada, a Procuradoria Geral da República emitiu parecer pelo não cabimento do Mandado de Injunção, em síntese, nos termos a seguir destacados:

MANDADO DE INJUNÇÃO. A simples remissão à definição em lei complementar, inscrita no art. 40, § 4º, da Constituição Federal, não cria direitos subjetivos à aposentadoria, nos casos de atividades insalubres, penosas ou perigosas. Inexistência de obrigatoriedade do legislador derivado a editar a norma regulamentadora da matéria. Atribuição de mera faculdade ao poder público. Inviabilidade do *writ* impetrado. O juízo político acerca da conveniência e oportunidade da edição da lei complementar pleiteada não pode ser substituído pela força da decisão judicial, sob pena de invasão desautorizada da esfera de atuação dos demais poderes da República. (STF, MI 721, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 divulg. 29-11-2007, public. 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 Ement. vol. 02301-01 PP-00001 RTJ vol. 00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142).

Como visto, tal argumento é expediente utilizado para combater a efetivação do direito não regulamentado pelo impetrante em sede de Mandado de Injunção. Trata-se da visão não concretista, que defende a inviabilidade de o impetrante usufruir do direito posto no texto constitucional pois, conforme se depreende do exposto, a remissão da lei regulamentadora não cria direito subjetivo à parte impetrante.

É sabido que o legislador constituinte ordinário, quando da elaboração da Carta Magna de 1988, pensou em diversos direitos subjetivos que, dada sua complexidade e especificidade, demandariam intervenção legislativa ulterior para que houvesse sua regulamentação.

Nessa esteira, o legislador constitucional de 1988, prevendo a eventual inércia por parte do Poder Público na regulamentação das normas constitucionais, inseriu o remédio constitucional do Mandado de Injunção em seu art. 5º, como instrumento hábil para sanar o vício e a ser manejado pelo sujeito que seria beneficiado com a determinada norma não regulamentada.

São esclarecedoras as palavras do relator, que neste sentido aduz

A existência de disposições constitucionais dependentes de regulamentação levou o constituinte de 1988, em passo dos mais salutares, a prever, no artigo 5º da Carta Federal, o mandado de injunção, fazendo-o mediante preceito a sinalizar a eficácia da impetração, tendo em conta o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. (STF, MI 721, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 divulg. 29-11-2007, public. 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 Ement. vol. 02301-01 PP-00001 RTJ vol. 00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142).

Com essa análise, é possível concluir que o Mandado de Injunção foi inserido na Constituição Federal como instrumento apto a garantir a efetivação do direito não regulamentado, ou seja, assegurar o exercício pelo titular do direito subjetivo do direito posto na norma constitucional, ainda que carente de regulamentação.

Desta forma, foi revisto o entendimento que até então balizava as decisões no Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção, de que o texto constitucional carente de norma regulamentadora não cria direitos subjetivos.

Neste momento, o Supremo Tribunal Federal passa a tomar uma postura ativa, dando à sentença efeitos mandamentais e não apenas declaratórios da omissão, como outrora fizera em julgamentos passados. O Ministro Marco Aurélio bem assevera ao sustentar que:

A natureza da citada ação constitucional – mandado de injunção –, procedente a causa de pedir versada na inicial, leva o pronunciamento a ganhar contornos mandamentais, a ganhar eficácia maior, a ponto de viabilizar, consideradas as balizas subjetivas da impetração, o exercício do direito, da liberdade constitucional ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. (STF, MI 721, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 divulg. 29-11-2007, public. 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 Ement. vol. 02301-01 PP-00001 RTJ vol. 00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142).

Assim, a decisão do Superior Tribunal Federal assume papel importante enquanto detentora de caráter mandamental, pois possibilita ao impetrante o exercício da norma questionada havendo procedência do pedido. Abandona-se, portanto, a necessidade de se notificar o Congresso Nacional para elaborar a referida lei proposta na norma constitucional, sendo que tal decisão se configurava como de eficácia meramente declaratória da omissão.

Analisando especificamente o direito questionado pelo impetrante, o relator aborda a necessidade de que seja dada decisão de procedência ao mandado com atribuição de eficácia mandamental, possibilitando o exercício pela parte do direito não regulamentado. Neste sentido informa o relator que:

Passados mais de quinze anos da vigência da Carta, permanece-se com o direito latente, sem ter-se base para o exercício. Cumpre, então, acolher o pedido formulado, pacífica a situação do impetrante. Cabe ao Supremo, porque autorizada pela Carta da República a fazê-lo, estabelecer para o caso concreto e de forma temporária, até a vinda da lei complementar prevista, as balizas do exercício do direito assegurado constitucionalmente. (STF, MI 721, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 divulg. 29-11-2007, public. 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 Ement. vol. 02301-01 PP-00001 RTJ vol. 00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142).

Percebe-se desta forma, que dado o extenso lapso temporal havido entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a impetração do referido Mandado de Injunção, o Poder Público, enquanto poder incumbido de regulamentar a norma constitucional, procrastinou na elaboração da lei complementar a que se refere o art. 40 da Carta Magna e, diante disso, inviabilizou o exercício de diversos servidores públicos que, em situação semelhante a da impetrante, gozariam do benefício da aposentadoria especial em situação de insalubridade.

Com essa interpretação o Mandado de Injunção assume relevante importância no contexto jurídico constitucional eis que, não raras vezes, o vício da omissão legiferante afeta direitos subjetivos.

Cumprido destacar que, segundo o relator, a atuação do Poder Judiciário neste caso não corresponde a uma invasão nas atribuições do Poder Legislativo, como há muito defendem aqueles que sustentam a inviabilidade de adoção da teoria concretista ao mandado.

Neste sentido, salienta o ministro Marco Aurélio que:

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

O Supremo Tribunal Federal sempre partiu da premissa de que uma conduta mais ativa no julgamento mandado corresponderia a uma invasão do Judiciário nas atribuições do Poder Legislativo e, com isso, sempre se resguardou de possibilitar ao impetrante o exercício de seu direito.

A experiência no julgamento de mandados anteriores ao estudado mostrou que a conduta até então adotada pelo Supremo Tribunal Federal se mostrou insuficiente para suprir o vício da omissão legiferante. A decisão declaratória de omissão com a posterior notificação do Congresso Nacional não significava que a lacuna fosse suprida, eis que o Judiciário não poderia determinar que o Poder Público legislasse.

Isto posto, o relator aclama que o Tribunal dê uma decisão concreta ao *writ* impetrado, de modo a garantir à parte postulante o exercício do direito que lhe foi negado em face da omissão do Poder Público.

Nestes termos, o ministro Marco Aurélio refere que:

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 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 [...]. (STF, MI 721, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 divulg. 29-11-2007, public. 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 Ement. vol. 02301-01 PP-00001 RTJ vol. 00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142).

Importante consignar que, em sendo admitidos os efeitos pretendidos pelo relator, é possível adotar para o caso da impetrante o disposto na Lei n. 8.213, de 1991, o regime geral de Previdência Social, na parte referente à aposentadoria especial. A referida lei dispõe o seguinte:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995).

§ 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995).

Tendo em vista o exposto, o relator encerra seu voto considerando que a impetrante conta com tempo superior aos 25 anos, e aduz pela parcial procedência da demanda, proferindo seu voto no sentido da aplicação subsidiária da norma da Lei n. 8.213/91 enquanto não houver sido promulgada a lei complementar referida no art. 40, § 4º da Constituição Federal de 1988.

Importante frisar aqui também as palavras do Senhor Ministro Eros Grau que coaduna com o pensamento do relator no sentido de conferir à decisão eficácia mandamental de modo a permitir que a impetrante do mandado usufrua do direito previsto na norma constitucional pendente de regulamentação.

Reconhece o ministro Eros Grau que “esta Corte mais de uma vez reconheceu a omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional”, razão pela qual a causa merece um tratamento diversificado da mera decisão declaratória com a posterior notificação do órgão incumbido de julgar.

Interessante frisar, neste sentido, a alusão referida pelo ministro para evocar a necessidade de a Corte proferir a decisão com carga de efetividade:

Salvo a hipótese de – como observei anteriormente, lembrando FERNANDO PESSOA – transformarmos a constituição em papel “pintado com tinta” e aplicá-la em “uma coisa em que está indistinta a distinção entre nada e coisa nenhuma”. Constitui dever-poder deste Tribunal a formação supletiva, no caso, da norma regulamentadora faltante. (STF, MI 721, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 divulg. 29-11-2007, public. 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 Ement. vol. 02301-01 PP-00001 RTJ vol. 00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142).

É patente a necessidade de atuação do Judiciário provendo o direito inviabilizado pela omissão legislativa. Corroborando os fundamentos do relator, o ministro Eros Grau aduz ser errônea a tese de que, em sendo efetivado o direito postulado pela impetrante, estaria o Supremo legislando.

Ocorrendo a efetivação do direito, incide a aplicação supletiva da norma referida no regime geral da Previdência Social, ou seja, o Tribunal não exerce função legislativa, mas normativa, dada inércia do Poder Público em prover a lei.

Cumprido frisar o entendimento do Ministro Eros Grau ao referir que

O argumento de que a Corte estaria então a legislar – o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes (art. 2º da Constituição do Brasil) e a separação dos poderes (art. 60, § 4º, III) – é insubsistente. Pois é certo que este Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o artigo 40, § 4º, da Constituição, função normativa, porém não legislativa. (STF, MI 721, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 divulg. 29-11-2007, public. 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 Ement. vol. 02301-01 PP-00001 RTJ vol. 00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142).

Portanto, pode-se perceber que a discussão que outrora se fizera pertinente, no que se refere à possível invasão do Poder Judiciário nas atribuições do Poder Legislativo, torna-se irrelevante. Como visto, não existe invasão de um poder nas atribuições de outro e, portanto, não há a quebra da cláusula pétrea da separação dos poderes.

Carece, desta forma, o Mandado de Injunção de uma decisão que seja hábil a tutelar os direitos subjetivos da parte impetrante que foram violados. Ao Poder Judiciário cumpre resguardar tais direitos garantidos pelo poder constituinte originário, mas que foram esquecidos pelo poder derivado.

3.3 MI nº 670/ES, 708/PB e 712/PA – a aplicação da teoria concretista geral ao Mandado de Injunção

Cumpre abordar aqui, outros casos em que a visão concretista do Supremo Tribunal Federal se fizera presente e que se mostram relevantes nessa nova visão adotada pelo Tribunal.

Nos referidos mandados, ajuizados respectivamente pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo, pelo Sindicato dos Trabalhadores de Educação do Município de João Pessoa, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará, o Tribunal fora acionado para processar e julgar matéria concernente ao regime de greve dos servidores públicos, especificamente o art. 37, VII, da Constituição Federal de 1988, que prescreve a necessidade de lei específica com fulcro a regular o direito de greve do funcionalismo público.

A decisão que sobreveio de tais mandados foi inovadora no sentido de adotar a teoria concretista em caráter geral. Os ministros decidiram, por unanimidade, pela procedência dos pedidos formulados nas referidas ações, reconhecendo a omissão legislativa e determinando a aplicação, no que couber, da Lei Geral de Greve – a lei n. 7.783, de 1989. Ocorre, entretanto, que conforme mencionado, a decisão ocorreu em caráter geral, ou seja, ela não se deu apenas em benefício dos impetrantes, mas em prol de todo o funcionalismo público. O Supremo Tribunal Federal atribui assim efeito *erga omnes* à decisão proveniente do mandado de injunção.

Posto isso, verifica-se uma atuação cada vez mais presente do Judiciário quando da verificação de inércia legiferante.

Feitas as observações pertinentes, cabe a reflexão sobre qual seria a real função do Mandado Injunção. Os fundamentos aqui destacados permitem crer que o Mandado de

Injunção, como sendo um remédio constitucional inserido no art. 5º, deve se prestar a sanar a doença, o vício da omissão legiferante, sob pena de ser tido como um remédio inócuo.

O julgamento de mandados anteriores demonstra que o Judiciário deve ter conduta mais ativa quando do tratamento do referido remédio, eis que as decisões até então tomadas se mostraram insuficientes para sanar o vício omissivo perpetrado pelo Poder Público e, assim, resguardar o direito subjetivo da parte impetrante.

O Mandado de Injunção é um remédio constitucional inserido no art. 5º, inciso LXXI da CF/88, como hábil para sanar o vício da omissão legislativa, verificado nos casos de normas constitucionais de eficácia limitada. Isto posto, há que se proferir uma decisão capaz de proteger o direito subjetivo do impetrante, sendo que este existe mesmo antes de haver a norma regulamentadora.

O cidadão não deve ser refém da boa vontade do legislador para poder exercer o que lhe foi garantido pela Carta Magna de 1988.

CONCLUSÃO

O Direito brasileiro sempre teve que se manter atualizado para alcançar e satisfazer os vários interesses que surgem com o decorrer do tempo. Em vista disso, interpretações normativas que eram tidas como corretas ontem, podem ser consideradas errôneas amanhã.

O Mandado de Injunção, enquanto norma inserida no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988, foi criado como um remédio constitucional apto a sanar o vício decorrente da omissão legiferante, verificável nos casos de normas constitucionais ainda dependentes de regulamentação – as normas de eficácia limitada.

Contudo, as análises empíricas extraídas com base em julgamentos passados evidenciam que o *mandamus* não estava atingindo os fins para o qual fora criado, quais sejam, sanar o vício da omissão legiferante e garantir ao impetrante o exercício do direito não regulamentado.

A realização desta pesquisa permite concluir que ao longo dos anos o Supremo Tribunal Federal adotou uma conduta mais ativa com relação ao julgamento do *mandamus*, proporcionando inclusive, a verificação da análise dos julgados e o alcance pelo cidadão do direito tutelado pela norma de eficácia limitada carecedora de atuação reguladora do Poder Público, evidenciando a adoção da teoria concretista pelo Supremo.

O posicionamento adotado, portanto, quebrou paradigmas e garantiu real efetividade ao Mandado de Injunção, haja vista que a posição não concretista até então utilizada quando do julgamento tornava o remédio inócuo, uma vez que a decisão judicial de procedência da demanda não garantia o bem da vida pretendido pelo postulante, ficando atrelado ao livre arbítrio e à boa vontade do Poder Público em regular a matéria objeto da ação.

A nova visão do Supremo Tribunal Federal no tratamento do *writ* surge como alternativa para dar efetividade ao Mandado de Injunção e, assim, tentar garantir o exercício do direito não regulamentado pela parte impetrante. Embora suporte diversas críticas, essa nova visão é necessária na medida em que a omissão legislante tem afetado diversos direitos postos em normas ainda dependentes de regulamentação legislativa.

Cumprido destacar, por fim, diante de todo o exposto, que o Mandado de Injunção enquanto remédio constitucional inserido no art. 5º deve ter a carga de eficácia necessária para atingir o fim para o qual fora inserido na Carta Magna de 1988 e, deste modo, tutelar os interesses do cidadão brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. (Constituição, 1988). **Constituição da república federativa do Brasil**. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Lei n. 8.213/1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília: DOU de 25/07/1991.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção**. Tribunal Pleno. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Data de Julgamento: 19/03/1991. Data de Publicação: DJ 14/11/1991. PP 16355 Ement. vol. 01642-01 PP 00001 RTJ vol. 00135-03 PP 00882. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752112/mandado-de-injuncao-mi-283-df-stf>>. Acesso em: 14 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 95**. Relator Min. Carlos Velloso, Relator do Acórdão Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno, julgado em 07/10/1992, DJ 18/06/1993, PP-12108, Ement. vol. 01708-01 PP 00075. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=95&classe=MI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 29 set. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 721**. Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 divulg. 29-11-2007, public. 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 Ement. vol. 02301-01 PP-00001 RTJ vol. 00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=721&classe=MI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 29 set. 2012.