

A RELEITURA DO MANDADO DE INJUNÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Karine Goiana Santos

Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza,
Analista judiciária do TRE-CE,
Aluna do curso de especialização em Direito e
Processo Administrativo da UNIFOR.

RESUMO: Até o advento da Constituição de 1988, não havia no ordenamento jurídico brasileiro um instrumento que pressionasse o poder público no sentido de elaborar normas que viabilizassem direitos assegurados na Constituição. Com essa missão, foi criado o instituto do Mandado de Injunção, consagrado no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988. Esse artigo tem por fim analisar a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no que tange aos efeitos do Mandado de Injunção, com destaque para um grande avanço no seu entendimento em relação à aplicação deste instrumento jurídico. A partir de 2007, após infrutíferas ações no sentido de comunicar ao poder legislativo da ausência de normas, passou o STF a efetivar o direito pendente de regulamentação por meio de suas decisões. Além disso, foram definidos outros objetivos específicos, a saber: identificar a origem desse remédio constitucional e as influências que possa ter recebido do direito alienígena, assim como sua trajetória no Congresso Constituinte até sua inserção na Carta Magna de 1988. Como procedimento metodológico, empregou-se exclusivamente a pesquisa do tipo bibliográfica. Ao final, chegou-se à conclusão de que é digno de reconhecimento o atual posicionamento do STF, no sentido de adotar a teoria concretista em suas decisões. Além disso, concluiu-se também que, entre as correntes concretistas, a individual intermediária se mostra como a mais prudente de todas.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Mandado de Injunção. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: Prior to 1988 Constitution there was not in the Brazilian legal system an instrument which pressured public power to develop laws which made possible protection to rights assured by the Constitution. The Writ of Injunction instrument was with this aim created, in art. 5º, LXXI, of 1988 Federal Constitution. This article intends to analyze Brazilian Supreme Court's

THEMIS

position related to the Writ of Injunction effects, specially in what concerns to the development of the comprehension related to its applicability. Since 2007, after some actions with the aim of communicating the legislative the lack of specific laws, the Supreme Court made effective the right which was to be still regulated. Besides that, other specific objectives were defined, such as: to identify the origin of this constitutional remedy and the influence that it might have received from foreign laws, as well as its course into the Constituent Congress, up to its appearance in 1988 Federal Constitution. As a methodological procedure, exclusively bibliographic research was applied. It was concluded that currently Supreme Court adopted the concrete theory in its decisions. It was found that among concrete theories, the individual intermediate one shows itself to be the most prudent of all.

Keywords: Judicial Review. Writ of Injunction. Brazilian Supreme Court.

INTRODUÇÃO

Segundo a clássica teoria da tripartição dos poderes, cabe ao Legislativo a função de criar normas gerais e abstratas; ao Executivo, de resolver os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; e ao Judiciário, de se pronunciar no caso concreto, resolvendo conflitos tanto entre particulares quanto entre esses e o Estado (SILVA, 2008, p. 108).

Para evitar a supremacia de um dos poderes sobre os demais e manter a harmonia necessária entre eles, existe o sistema de freios e contrapesos, de acordo com o qual um poder interfere na atuação do outro, através de mecanismos eficazes de controle (SILVA, 2008, p. 110).

A Constituição Federal consagrou como direito fundamental a impossibilidade da lei excluir lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário (v. art. 5º, XXXV, CF). Contudo, muitos direitos constitucionalmente assegurados, como o direito de greve do servidor público e a aposentadoria especial, apesar de previstos constitucionalmente (v. arts. 37, VII, e 40, § 4º, CF) careciam de regulamentação, impossibilitando ao Judiciário apreciar demandas nesse sentido e de garantir a tutela desses interesses.

O instrumento criado para suprir tal omissão legislativa é o mandado de injunção, que até 2007 tinha sua utilização mitigada diante da negligência do poder público em elaborar a norma regulamentadora, uma vez que prevalecia a posição não-concretista na jurisprudência do STF, segundo a qual o tribunal nem

poderia “obrigar o legislativo a legislar”, nem tampouco atuar como “legislador positivo”.

O Supremo Tribunal Federal, considerando a necessidade premente de uma prestação jurisdicional efetiva, passou a revisar seu posicionamento perante a eficácia do mandado de injunção, de forma a viabilizar uma tutela efetiva dos direitos fundamentais prejudicados pelo descaso legislativo.

1 O MANDADO DE INJUNÇÃO E SUA FORMULAÇÃO CONSTITUCIONAL: SUAS RAÍZES E PERSPECTIVAS

Ao iniciar-se o estudo de um instituto, devem-se buscar suas origens para uma melhor compreensão de sua natureza e evolução. Entender as possíveis fontes estrangeiras deste instituto permite que se verifiquem os valores que nortearam os constituintes na sua formulação.

Ademais, é relevante também percorrer sua trajetória, desde o Congresso Constituinte de 1988 até a redação final, como forma de conhecer seu processo de formação.

1.1 No Direito comparado

1.1.1 Direito português

A Constituição Portuguesa prevê um instituto que se assemelha com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (v. art. 283º, Constituição Portuguesa – *on line*), prevista no ordenamento jurídico pátrio. Trata-se de um instrumento que tem como objetivo dar conhecimento ao órgão legislativo competente da ausência de norma constitucional, a fim de que esta norma seja editada. Conforme Ackel Filho (1991, p. 115), não se refere a um caso específico, mas alcança a norma em tese, devendo esta ser elaborada e assim beneficiando a todos.

1.1.2 Direito italiano

Na Itália, existe a *ingiunzione* na seara processual e a *ingiunzione fiscale* em matéria tributária. O objetivo desse instituto é obter uma decisão condenatória de forma mais simples que no processo ordinário. No caso dos

THEMIS

créditos tributários, por exemplo, é uma forma de consegui-los sem recorrer ao título executivo. Assemelha-se à ação monitória no Direito brasileiro, não guardando maior proximidade com o mandado de injunção adotado na CF/88 (MACHADO, 2004, p. 53-54).

1.1.3 Direito francês

A injunção francesa (*injonction*) refere-se a ordens dirigidas pelos magistrados àqueles que dificultarem o andamento do processo, tais como partes, advogados, auxiliares da justiça e até terceiros. Através desse instrumento, também podem-se cobrar pequenos créditos civis e comerciais dentro de um processo mais simples, tal como no Direito italiano, através do procedimento monitório (MACHADO, 2004, p. 54-55).

1.1.4 Direito alemão

O Direito alemão, por sua vez, reconhece a *verfassungsbeschwerde*. Machado (2004, p. 55) explicita que este instituto é empregado quando o Tribunal Constitucional decide sobre a pretensão de ter sido o cidadão prejudicado pelo poder público em seus direitos fundamentais ou em direitos constitucionais, desde que não haja meio processual ordinário de proteção.

A propósito, o Ministro Moreira Alves, em seu voto na Questão de Ordem no MI nº 107/DF (*on line*), ressaltou que a Corte Constitucional Alemã vem admitindo a utilização da *verfassungsbeschwerde* contra a omissão constitucional do Legislativo.

1.1.5 Direito anglo-americano

A injunção no Direito inglês é ação de equidade (*equity*). Surgiu no século XIV e era utilizada quando faltava norma legal (*statutes*) para regular o direito no caso concreto (BULOS, 2009, p. 647).

O *writ of injunction* no Direito norte-americano também tem como fundamento a chamada jurisdição de equidade. Aplica-se sempre quando a norma legal se mostra insuficiente ou incompleta para solucionar, com justiça, determinado caso (ACKEL FILHO, 1991, p. 113).

1.2 No Congresso Constituinte da Constituição Federal de 1988

1.2.1 Propostas

O atual mandado de injunção teve sua origem nas sugestões nºs 155-4 e 156-2 do Senador Virgílio Távora, em parceria com o Deputado Carlos Virgílio, que apresentaram duas propostas para o mandado de injunção na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988.

Machado (2004, p. 147-150) apresenta os textos dessas sugestões ofertadas no Congresso Constituinte.

Na Sugestão nº 155-4, propôs-se o mandado de injunção, originalmente, com a seguinte redação:

Inclua-se no Capítulo dos Direitos e Garantias Constitucionais.
'Art. Sempre que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança.'

Justificação

Visando efetivar a produção de direitos públicos subjetivos criados, de forma genérica, pela Constituição, os quais, se não implementados pelos poderes constituídos, mediante a edição de atos e normas integrativas da Carta Magna, ensejarão a inconstitucionalidade por omissão, submetemos à apreciação da Comissão Temática pertinente a previsão normativa do instituto processual que denominamos 'mandado de injunção', como garantia constitucional.

[...]

Nossa sugestão normativa, a ser incluída nas Disposições Gerais e Transitórias, está vazada nos seguintes termos:

'A não edição de atos ou normas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, visando a implementar esta Constituição, implica a inconstitucionalidade por omissão.'

A essa previsão normativa nós aditamos a presente sugestão de norma constitucional que tem por escopo efetivá-la.

A Sugestão nº 156-2 dispunha o seguinte:

Inclua-se no Título Disposições Gerais e Transitórias.

'Art. A não-edição de atos ou normas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, visando implementar esta Constituição,

implica a inconstitucionalidade por omissão.’

Justificação

[...]

Refletindo essa preocupação com a não-implementação da Constituição – o que revela um descumprimento dos mandamentos constitucionais – e inspirando-nos no exemplo do Estatuto Maior português (art. 283), conferindo-lhe, porém, uma abrangência maior, submetemos à apreciação da Assembléa Nacional Constituinte sugestão de norma constitucional criando o instituto jurídico da “inconstitucionalidade por omissão”, voltado para a proteção dos direitos públicos subjetivos (ou expectativas de direito) de pessoas físicas ou jurídicas, criados de forma genérica pela Constituição e não implementados por inércia, quer do Poder Legislativo, quer do Poder Executivo, quer do Poder Judiciário.

[...]

Enveredando por esse raciocínio, oferecemos uma outra sugestão de norma constitucional, que a esta complementa e desta é desmembrada, porque diz respeito a outro Capítulo da Constituição, devendo, pois, ser encaminhada à apreciação da Comissão de Temática pertinente.

Nessa sugestão de norma constitucional, fazemos incluir, no Capítulo ‘Dos Direitos e Garantias Constitucionais’, o artigo que transcrevemos infra:

‘Art. Sempre que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança.’

Com essas iniciativas, pretendemos pôr fim à inércia dos poderes constituídos, que só prejudicam a sociedade, oferecendo o remédio jurídico-constitucional para coibi-la, qual seja o ‘mandado de injunção.’

Vistas as propostas de redação, convém analisar o processo de discussão destas propostas.

1.2.2 Discussão

A origem do instituto brasileiro do mandado de injunção não é pacífica entre os doutrinadores. Alguns entendem que ele se originou a partir do juízo de equidade inglês (SILVA, 2008, p. 448), como já visto, havendo quem indique ainda a *injunction* norte-americana como raiz deste remédio constitucional, apesar de se reconhecer o caráter mais abrangente do instituto americano (ACKEL FILHO, 1991, p. 115). Em ambos os casos, é comum o fato de serem utilizados para

solucionar o caso concreto ante a falta de norma legal, observando o mesmo intuito do mandado de injunção brasileiro.

Outros defendem, como Carlos Mário da Silva Velloso e Adhemar Ferreira Maciel (MACHADO, 2004, p. 56), que ele teve inspiração no Direito português, uma vez que, expressamente, Virgílio Távora e Carlos Virgílio mencionam, em sua justificativa para inserção do instituto no texto constitucional, o art. 283º, nº 2, da Constituição Portuguesa (*on line*), que preceitua: “Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente”. Tal entendimento deve ser apreciado com cautela, pois este instituto mais se aproxima da ADIN por omissão do que do mandado de injunção.

Há ainda os defensores, como Marcelo Duarte (MACHADO, 2004, p. 55), da proximidade do mandado de injunção com a *verfassungsbeschwerde* do Direito alemão, no que tange à salvaguarda dos direitos fundamentais do cidadão frente à inércia do poder público que lhe prejudique. Entretanto, Machado (2004, p. 56) afirma que o mandado de injunção e o instrumento alemão são institutos com contornos próprios, apesar de serem passíveis de utilização diante de situação de inércia legiferante.

Do exposto, pode-se afirmar que não existe entendimento consolidado no que concerne à origem do mandado de injunção brasileiro. Da forma como esse remédio constitucional foi concebido, não existe nada igual no Direito alienígena. Contudo, a questão ainda é polêmica, haja vista que alguns doutrinadores atribuem aos direitos anglo-americano, como Diomar Ackel Filho (1991, p. 115), e português, como Adhemar Ferreira Maciel (MACHADO, 2004, p. 56), a fonte de inspiração para o *writ* em estudo, identificando entre eles algumas similaridades.

1.2.3 Redação

Findos os trabalhos do Congresso Constituinte e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, surgiu uma nova figura no Direito brasileiro, criada com o objetivo de dar efetividade às normas constitucionais: o mandado de Injunção, insculpido no art. 5º, inciso LXXI, da Carta Magna 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”.

1.3 A acolhida do instituto no judiciário brasileiro

Segundo Bulos (2009, p. 647), o mandado de injunção tem a natureza de uma ação civil, de caráter mandamental e procedimento específico, destinado a combater a “síndrome da inefetividade das constituições”.

Extraem-se do texto constitucional dois requisitos para que se assegure a injunção: um direito garantido constitucionalmente e a impossibilidade de efetivá-lo, haja vista a inexistência de norma regulamentadora.

O mandado será interposto pelo detentor do direito que se encontra impossibilitado de exercê-lo em face da omissão legislativa, em detrimento do órgão responsável pela edição da norma inexistente.

Logo após a criação do mandado de injunção brasileiro, discutiu-se a auto-aplicabilidade do instituto, inclusive havendo quem levantasse a hipótese que se deveria usar um mandado de injunção para regulamentar o mandado de injunção. Na verdade, quando se trata de instrumento de tutela de direitos fundamentais, é conveniente que não se regule com precisão o modo de se proceder em juízo, uma vez que não deve possuir prévia programação normativa, já que deve estar pronto para enfrentar situações imprevisíveis (GUERRA FILHO, 2007, p. 164-165).

A discussão sobre a autoaplicabilidade do instituto perdeu o sentido por força do art. 24, parágrafo único, da Lei nº 8.038/90, que dispõe: “No mandado de injunção e no *habeas data*, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica”.

Quanto ao procedimento do mandado de injunção, o STF já se manifestou sobre o assunto no MI-QO nº 107/DF (*on line*), decidindo que é norma autoaplicável, independentemente de edição de lei que o regulamente, em face do art. 5º, §1º, da CF, que determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Entende ainda a Suprema Corte que o mandado de injunção não comporta a concessão de medida liminar (v. MI nº 536/MG – *on line*), mas a doutrina diverge desta interpretação, haja vista a possibilidade de liminar no mandado de segurança. (BULOS, 2009, p. 652).

Destaque-se, por oportuno, que é da competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente o mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República,

do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “q”, da CF).

Caberá também ao STF julgar em recurso ordinário o mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (art. 102, II, “a”, da CF).

Obedecendo ao princípio da simetria, cabe ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente o mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (art. 105, I, “h”, da CF).

1.3.1 Expectativas e críticas

O mandado de injunção foi recebido com largas expectativas pelos operadores do Direito, quando da promulgação da Constituição de 1988. Acreditava-se que esse instrumento jurídico novo seria utilizado para a garantia de direitos já previstos na Constituição, porém tidos como ineficazes, dada a ausência de sua regulamentação.

Todavia, com o passar dos anos, tal percepção foi aviltada, passando a ser de descrédito e até de revolta, considerando as posições adotadas pelo STF, que tornaram ineficaz o instituto. Bulos (2009, p. 646) assim se expressou quanto ao mandado de injunção: “Transcorridos vários anos de vigência da Carta de Outubro, o mandado de injunção frustrou as inúmeras expectativas criadas ao seu redor”.

No que tange à questão da efetividade e abrangência do mandado de injunção, emergiram três correntes doutrinárias para solucionar essa divergência: a restritiva, a intermediária e a abrangente.

A corrente restritiva diminui consideravelmente a incidência do mandado de injunção e é defendida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Este ressalta que o *writ* alcança tão-somente os direitos que possam advir da condição de nacional e de cidadão, isto é, entende que a norma constitucional especificou expressamente seu objeto (MACHADO, 2004, p. 70).

THEMIS

A corrente intermediária é defendida por Celso Ribeiro Bastos e J. J. Calmon de Passos. Para essa linha de pensamento, a tutela do mandado de injunção somente alcança os direitos consagrados no Título II da Constituição (Direitos Individuais e Coletivos, Direitos Sociais, Direitos à Nacionalidade e Direitos Políticos) (MACHADO, 2004, p. 71).

Já a corrente abrangente não limita o campo de incidência do mandado de injunção; pelo contrário, este deve ser interpretado da forma mais abrangente possível. Todos os direitos consagrados na Constituição merecem a tutela do mandado de injunção, desde que ausente norma reguladora desse direito. Daí conclui-se que somente as normas autoaplicáveis não estão sob a égide protetiva do mandado de injunção.

Nesse diapasão, Machado (2004, p. 73) assevera:

Ora, percebe-se que o legislador constituinte, ao utilizar as expressões nacionalidade, soberania e cidadania, assim o fez, ligando-as tão-somente ao termo prerrogativas. A conjunção aditiva e (ressaltada no parágrafo anterior) separa de um lado 'DIREITOS E LIBERDADES' e de outro 'PRERROGATIVAS'. Foi um reforço de abrangência.

E leciona: “Seu objetivo, portanto, é assegurar o exercício de qualquer direito ou liberdade constitucional” (MACHADO, 2004, p. 73).

É importante ressaltar que a corrente restritiva não encontra mais abrigo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O STF mudou seu entendimento e vem adotando há bastante tempo a corrente abrangente (v. MI-QO nº 107/DF - *on line*).

2 A EFICÁCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Um tema bastante controverso na doutrina e na jurisprudência diz respeito à eficácia da decisão proferida em mandado de injunção. Com a promulgação da Constituição Federal, formaram-se algumas correntes jurídicas a esse respeito.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, saindo de uma posição inicialmente tímida e pouco eficaz, vem mudando seu entendimento e adotando uma postura mais assertiva quanto aos efeitos do *writ*, a fim de que este tenha de fato consequências práticas.

2.1 Posições acerca da eficácia da decisão no mandado de injunção

Os efeitos do mandado de injunção são classificados em duas grandes correntes: a posição concretista e a posição não-concretista (MORAES, 2008, p. 175).

Na posição concretista, o Poder Judiciário, através de uma ação de cognição constitutiva, declara a existência de uma omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa, até que sobrevenha regulamentação do poder competente (MORAES, 2008, p. 175-176).

Essa posição subdivide-se em duas espécies: concretista geral e concretista individual. (MORAES, 2008, p. 176).

Na concretista geral, a decisão do Poder Judiciário terá efeito geral (eficácia *erga omnes*), possibilitando a concretização do exercício do direito a todos, até que a omissão seja suprida pelo poder competente (MORAES, 2008, p. 176).

Na concretista individual, a decisão do Poder Judiciário terá efeito somente para o autor do mandado de injunção (eficácia *inter partes*), possibilitando o exercício do direito somente para aquele que compõe a relação processual (MORAES, 2008, p. 176).

Essa posição concretista individual, ao seu turno, subdivide-se em duas espécies: concretista individual direta e concretista individual intermediária (MORAES, 2008, p. 176).

Na concretista individual direta, o Poder Judiciário, ao julgar procedente o mandado de injunção, implementa imediatamente a eficácia da norma constitucional para o autor da ação (MORAES, 2008, p. 176). Os efeitos da decisão limitam-se às partes e ao processo.

Por sua vez, na posição concretista individual intermediária, o Poder Judiciário, ao julgar procedente o mandado de injunção, dá ciência ao Poder Legislativo ou Executivo, fixando-lhe um prazo para a elaboração da norma regulamentadora. Se, após o término desse prazo, não houver nenhuma providência por parte do órgão omissor, o impetrante do *writ* passa a ter assegurado o seu direito (MORAES, 2008, p. 176-177).

Por fim, na corrente não-concretista, o Poder Judiciário apenas reconhece formalmente a inércia do poder omissor e dá ciência a este da sua decisão para que edite a norma faltante (MORAES, 2008, p. 178). Fundamentada no princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF), essa corrente entende que não deverá

THEMIS

o Poder Judiciário suprir a lacuna, nem tampouco obrigar o poder competente a legislar, apenas apontar a omissão, recomendando o seu suprimento.

2.2 Posições jurisprudenciais do STF

A jurisprudência tradicional do STF acatava a teoria não-concretista, a qual defende que cabe ao Poder Judiciário apenas o reconhecimento formal da inércia legislativa. Esse entendimento predominou, majoritariamente, por muitos anos no âmbito da Suprema Corte (v. MI's nºs 535-4/DF e 586-5/RJ - *on line*). Em consequência, somente se expedia comunicação ao órgão competente, para elaboração da norma inexistente, com a alegativa de não ingerência entre os poderes.

Essa posição recebeu várias críticas no sentido de equiparar os efeitos do mandado de injunção ao da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF), uma vez que se utilizava de dois instrumentos para cientificar o poder competente de sua inércia e de nenhum para efetivar o direito em questão.

De maneira excepcional, o STF adotou também a teoria concretista individual intermediária.

Exemplo disso está no julgamento do MI nº 232/RJ, rel. Ministro Moreira Alves, em 02/08/1991. Nessa ação, um centro de cultura pleiteou o direito previsto no art. 195, § 7º, da CF. Esse dispositivo autoriza, desde que atendidas às exigências previstas em lei, isenção de contribuição para a seguridade social às entidades beneficentes de assistência social. Como a norma regulamentadora não havia sido elaborada, o impetrante não podia exercer o seu direito, muito embora houvesse prazo constitucionalmente fixado para a edição da norma no art. 59 do ADCT.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, conheceu em parte o mandado de injunção, conforme jurisprudência transcrita abaixo:

Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte,

e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impoem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. (*on line*)

Atualmente, o STF vem acolhendo a teoria concretista geral em suas decisões, como se verifica nas decisões dos MI nºs 670/ES (transcrito abaixo), 708/DF e 712/PA, referentes ao direito de greve dos servidores públicos civis:

MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) (*on line*)

Verifica-se, nesse julgado, a estipulação de prazo para que o Congresso Nacional legisle sobre matéria omissa, e a aplicação do disposto nas Leis nº 7.701/88 e 7.783/89, que tratam da greve no âmbito da iniciativa privada. O STF reconheceu que não se presta, quando se trata da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia.

Observa-se também a teoria concretista individual direta em algumas decisões, como no MI nº 721/DF:

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91 (*on line*).

No caso, como não se tratava de uma demanda coletiva, o direito foi efetivado apenas para o requerente, de forma temporária, até que seja editada a lei complementar prevista, estipulando as balizas do exercício do direito assegurado constitucionalmente. O STF considerou que a inércia do Legislativo desconfigurou o caráter instrumental, transformando-o em mandamental, inserindo o mandado de injunção no cenário jurídico-constitucional, com o fim de tornar exequível a Lei Maior, tal como apontado no voto do Ministro Marco Aurélio Mello, relator do presente caso (*on line*).

3 A MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO DO STF QUANTO À EFICÁCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO E SEU CONTEXTO

O sistema democrático brasileiro é baseado na harmonia e igualdade entre as funções executiva, legislativa e judiciária, as quais são desempenhadas precipuamente pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Com o escopo de manter a ordem e evitar excessos dos poderes no desempenho de suas funções, há previsão de um sistema de freios e contrapesos na própria Constituição, possibilitando uma interferência legítima de um poder sobre o outro (SILVA, 2008, p. 110).

Dessa forma, há uma infiltração entre o aspecto político e a função jurisdicional, desde a nomeação dos membros que compõe a alta cúpula do

Judiciário, feita pelo Executivo e corroborada pelo Legislativo, até decisões do Judiciário alterando a aplicação das leis. Destarte, verifica-se o fenômeno da judicialização da política (TATE; VALLINDER, 1995, p. 2 e 5).

3.1 A judicialização da política e o STF

Entende-se por judicialização da política o processo de intervenção nos rumos políticos através de decisões judiciais. Para Torbjörn Vallinder:

When we speak of the global expansion of judicial power, we refer to the infusion of judicial decision-making and of courtlike procedures into political arenas where they did not previously reside. To put it briefly, we refer to the 'judicialization' of politics (1995, p. 13).

A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar quanto a aspectos nos quais o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório (TATE; VALLINDER, 1995, p. 15).

O processo de judicialização da política no Brasil tem origem no fato dos constituintes terem confiado ao Supremo Tribunal Federal o controle abstrato da constitucionalidade das leis, mediante a provocação da chamada “comunidade de intérpretes da Constituição” (art. 103 da CF) (VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999, p. 47).

Assim, reconhecem-se no Brasil os requisitos para que se possa tratar de uma judicialização da política, quais sejam, conforme Tate (1995, p. 28-33): I – Um Regime Democrático; II – O Sistema de Separação de Poderes; III – Uma Política de Proteção de Direitos Fundamentais; IV – Grupos de Interesse com Acesso aos Tribunais; V – Acesso ao Judiciário pela Oposição Política; VI – Inefetividade das Instituições Majoritárias; VII – A Percepção das Instâncias Formadoras de Opinião das Limitações das Instituições de Produção de Políticas Públicas perante o Judiciário; VIII – A Delegação (voluntária ou involuntária) das Instituições Majoritárias para o Judiciário quanto à Tomada de Decisões.

Ressalte-se também que a iniciativa dos intérpretes da Constituição, constante no recurso às ADIs (Ações Diretas de Inconstitucionalidades), estaria induzindo uma atitude mais favorável por parte do STF no que se refere à

THEMIS

assunção de novos papéis. O Tribunal começa a migrar, silenciosamente, de uma posição de coadjuvante na produção legislativa do poder soberano para uma de ativo guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana (VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999, p. 53).

3.2 A nova orientação do STF na eficácia do mandado de injunção

Do exame das citadas decisões, nota-se que o Supremo Tribunal Federal deu um novo ânimo ao instituto do mandado de injunção, passando efetivamente a adotar a teoria concretista, abandonando sua posição anterior (posição não-concretista).

As palavras do Ministro Marco Aurélio no julgamento do MI nº 721/DF expressam a nova visão da Suprema Corte Brasileira:

O instrumento previsto na Lei Maior, em decorrência de reclamações, consideradas as Constituições anteriores, nas quais direitos dependentes de regulamentação não eram passíveis de ser acionados, tem natureza mandamental e não simplesmente declaratória, no sentido da inércia legislativa. [...] Aliás, há de se conjugar o inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal com o § 1º do citado artigo, a dispor que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais constantes da Constituição têm aplicação imediata. Iniludivelmente, buscou-se, com a inserção do mandado de injunção, no cenário jurídico constitucional, tornar concreta, tornar viva a Lei Maior, presentes direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (*on line*).

Entretanto, ainda não há consenso sobre o alcance da decisão proferida no mandado de injunção, ou seja, se será adotada a posição concretista individual direta (eficácia *inter partes*) ou a concretista geral (eficácia *erga omnes*).

No MI nº 721/DF, relativo ao direito à aposentadoria especial do servidor público, foi consagrada a posição concretista individual direta, possibilitando o exercício do direito somente para o impetrante. Já nos julgamentos envolvendo a regulamentação do direito de greve do servidor público civil, consagrou-se a posição concretista geral, determinando-se a aplicação da lei de greve do setor privado a todo o setor público, e não apenas aos impetrantes.

CONCLUSÃO

Após verificar a insuficiência da posição não-concretista adotada para solucionar as demandas de injunção, segundo a qual apenas caberia a comunicação ao órgão competente do seu estado de mora, a fim de que edite a norma faltante, o Supremo Tribunal Federal, recentemente “oxigenado” por novas ideias, resolveu adotar a posição concretista quanto à eficácia do mandado de injunção, com o objetivo de conferir efetividade ao *writ*, que havia se tornado inócuo.

Ora, se o mandado de injunção fosse tão-somente um meio de recomendação ao poder omissivo, o direito afetado pela omissão continuaria desprovido de tutela, reduzido à letra morta, uma vez que, caso não se atendesse à comunicação do Judiciário, nenhuma consequência prática surgiria para o impetrante, uma vez que não se pode compelir o poder omissivo a legislar.

Além disso, advirta-se que a decisão da Suprema Corte em suprir a lacuna existente só terá validade durante a omissão legislativa. Tão logo seja criada norma regulamentadora, cessarão os efeitos daquela decisão para os casos futuros. Trata-se de regulação provisória do direito e, portanto, não se configura uma atividade verdadeiramente legiferante do Judiciário. Assim, vê-se que o STF, em nenhuma hipótese, cria direito novo, apenas considera autoaplicáveis normas que confirmam um direito cujo exercício estava impedido pela ausência de ato regulamentador, o que se configura como uma grande conquista no que concerne à efetivação dos direitos constitucionalmente consagrados.

Todavia, deve-se ter cautela quanto à formulação das decisões. Antes de qualquer atitude relativa à omissão legislativa, deve-se sempre abrir espaço ao poder competente para que desempenhe sua atribuição, assinalando-lhe prazo razoável para tanto. Somente após a constatação de sua desídia, vislumbra-se a possibilidade de se resolver a questão no caso concreto.

Essa é a posição concretista individual intermediária, a mais prudente entre todas, pois, ao mesmo tempo em que mantém intacto o princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF), confere utilidade ao mandado de injunção, assegurando ainda a inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, inciso XXXV, da CF).

Por fim, registre-se que é merecedor de aplauso o novo entendimento do STF, possibilitando ao cidadão, o qual, muitas vezes, ficava à mercê da “boavontade” dos poderes estatais, o exercício pleno dos seus direitos constitucionais, obstaculizados pela contumaz inércia do Poder Público.

THEMIS

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. **Writs Constitucionais: Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Mandado de Injunção nº 107/DF. Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 21-09-1990, PP-09782. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=107&classe=MI-QO>>. Acesso em 27 dez. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 536/MG. Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 26-09-1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=536&classe=MI>>. Acesso em 27 dez. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 535/DF. Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 26-09-1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=535&classe=MI>>. Acesso em 27 dez. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 586/RJ. Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 01-07-2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=123&dataPublicacaoDj=01/07/2003&incidente=1723342&codCapitulo=6&numMateria=99&codMateria=2>>. Acesso em 27 dez. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 232/RJ. Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 27-03-1992, PP-03800. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=232&classe=MI>>. Acesso em 27 dez. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670/ES. Rel. Min. Maurício Corrêa, Dje-206 de 31-10-2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=670&classe=MI>>. Acesso em 27 dez. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 721/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, Dje-152 de 30-11-2007, DJ de 30-11-2007, PP-00029. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=721&classe=MI>>. Acesso em 27 dez. 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processos Constitucionais e Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Constituição da República Portuguesa. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>>. Acesso em 27 dez. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.