

MANDADO DE INJUNÇÃO: NOVAS PERSPECTIVAS DIANTE DA EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹

Carlos Geraldo Teixeira²

Juiz Federal - Vara Federal de Passos (MG);

Mestrando em Direito Socioambiental - PUC-PR;

Pós-Graduado em Direito Público - Faculdade de Direito de Sete Lagoas (MG);

Pós-Graduado em Direito de Empresas - PUC-MG

RESUMO: O mandado de injunção é uma garantia constitucional contra a inefetividade das normas constitucionais. Este trabalho, após contextualizar o tema e buscar demonstrar que a atuação do poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, diante da mora do poder Legislativo, não configura afronta à democracia, pretende evidenciar que o mandado de injunção não encontrava correto aproveitamento por parte do Supremo Tribunal Federal, panorama que se encontra com novas perspectivas diante da evolução do tema na jurisprudência daquela corte.

PALAVRAS-CHAVE: Garantia constitucional. Omissão legislativa. Direitos fundamentais. Jurisprudência. STF.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 Aparente conflito entre democracia e constitucionalismo 3 aplicabilidade das normas constitucionais 4 Proteção judicial contra omissões legislativas integrativas à ordem constitucional 5 Mandado de injunção 6 Novas perspectivas diante da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal 7 Considerações finais

1 Introdução

No mundo contemporâneo, em que preponderam os reclamos de intervenções estatais voltados ao bem-estar social³ o Direito Constitucional assume papel cada vez mais importante e abrangente.⁴ A par de preservar seu núcleo essencial e permanente - que lhe confere a dimensão de regra estrutural do Estado e da sociedade, abrangendo os princípios diretores, organização e o processo de formação da unidade política e da atuação estatal, os fundamentos e princípios da ordem jurídica global, o modo de aquisição e limitação do poder, a regulação do processo de solução de conflitos dentro de uma comunidade, bem como assegura direitos e garantias fundamentais - verifica-se, hodiernamente, significativa ampliação na área de abrangência da Constituição e inserções em seu texto de instrumentos e garantias visando a tornar suas normas efetivas.

¹ Enviado em 8/12/2009, aprovado em 2/3/2010 e aceito em 19/3/2010.

² E-mail: carlos.teixeira@trf1.jus.br .

³ Segundo Paulo Bonavides (1993, p. 306), com o Estado Social, o Estado-inimigo cede lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança.

⁴ Nesse sentido, vide Norberto Bobbio (1992, p. 68-69), segundo o qual as transformações decorrentes da passagem do Estado Liberal ao Estado Social integram um processo de multiplicação de direitos que não apenas estendeu a titularidade de determinados direitos, como também aumentou a quantidade de itens merecedores de tutela.

Konrad Hesse (1991), ao formular uma definição do termo “Constituição” - entre tantas outras possíveis, pois se trata de expressão plurívoca -, acaba por sustentar que a Constituição há de ser entendida como uma ordem jurídica fundamental da coletividade que consagra as linhas básicas do Estado e estabelece diretrizes e limites ao conteúdo da legislação futura. Para Hesse, a Constituição é uma carta aberta ao futuro, o que em momento algum implica dissolução ou mesmo diminuição de sua força normativa, posto que ela não se reduz a deixar seus preceitos jurídicos em aberto.⁵

Na moderna concepção de que a Constituição é uma obra aberta, mas de força jurídica obrigatória e vinculante,⁶ ganha relevo o papel ativo do Poder Judiciário para efetivá-la, prestigiando método de interpretação concretista das normas constitucionais e sua força normativa.

É sabido que uma das sérias dificuldades do Estado Constitucional reside no controle da omissão relacionada à implementação das normas definidoras de direitos que compõem a Constituição formal. Os textos constitucionais com intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais passaram a adotar a fórmula que anuncia a autoaplicabilidade daquelas normas,⁷ caso da Constituição brasileira de 1988 (art. 5º, § 1º).⁸

Por outro lado, a atuação do Poder Judiciário diante da omissão de regulamentação, função precípua do Legislativo, suscita questionamentos se estariam violados os princípios democráticos e de separação dos poderes, o que se revelará como um aparente conflito entre democracia e constitucionalismo, haja vista que a atuação se materializou nos limites para concretizar os fins estabelecidos pelo poder Constituinte.

A Constituição brasileira de 1988, já em seus primeiros capítulos, apresenta avançada carta de direitos e garantias. Todavia, ultrapassou a mera previsão de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, ao introduzir instrumentos garantidores tendentes a sanar eventual inércia dos órgãos estatais competentes para exercer os comandos constitucionais.

Dentre os instrumentos de garantia previstos na Carta da República de 1988, encontra-se o mandado de injunção. Cabe ressaltar, neste trabalho, não só a importância desta ação, mas, sobretudo, a nova postura do Supremo Tribunal Federal dirigida à concretização da Constituição, ao conferir em suas decisões efeitos concretos e práticos para suprir a omissão do poder Legislativo, ao prestigiar a efetividade das normas

⁵ Para Konrad Hesse (1991), a função da constituição consiste em prosseguir a unidade do Estado e da ordem jurídica. Tal unidade não é uma unidade preexistente, mas unidade de atuação. O fato de a Constituição estar aberta ao tempo não implica dissolução ou diminuição da força normativa de seus preceitos, na medida em que o texto apresenta força jurídica obrigatória e vinculante. A realização da Constituição revela assim, a capacidade de operar na vida política e, especialmente, a capacidade de concretizar a vontade da Constituição.

⁶ Segundo Canotilho (1994, p. 151), a Constituição é elaborada para exercer uma dupla função: garantia do existente e programa ou linha de direção para o futuro. Nas lições daquele constitucionalista, a “Constituição Dirigente” não compreende tão somente um “estatuto jurídico do político”, mas um plano global normativo do Estado e da sociedade.

⁷ Inadmissível, por consequência, torna-se a inércia do Estado quanto à concretização de direito fundamental. Implanta-se um constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais, no dizer de Flávia Piovesan (1995).

⁸ CF, ar 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Há antecedentes nas vigentes constituições da Alemanha (art. 13), da Espanha (art. 53.1) e de Portugal (art. 18º, 1º).

constitucionais, e ao sinalizar que restará ultrapassado o entendimento anterior e inicial que praticamente aniquilou qualquer sentido e utilidade daquela ação constitucional.

2 Aparente conflito entre democracia e constitucionalismo

Uma problemática que se apresenta, de plano, é saber se o Poder Judiciário, nos enfrentamentos - via mandado de injunção - das lacunas inconstitucionais inviabilizadoras do exercício de direitos assegurados na Constituição, não careceria de legitimidade democrática, bem como não violaria o princípio da tripartição dos poderes, ao criar normas jurídicas individuais válidas para o caso concreto.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2007), em sua dissertação “A Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Fundamentais Sociais” (sob orientação da professora doutora Katya Kozicki na PUC-PR), analisou densamente as correntes doutrinárias defensoras da democracia procedimental, confrontando-as com as correntes que defendem o constitucionalismo, abrangendo, em seu trabalho, a temática dos direitos fundamentais, democracia, jurisdição constitucional e papel do Judiciário brasileiro.

Ao delimitar, no caso brasileiro, em que momento se identificaria, de forma mais evidente, a tensão entre direitos fundamentais e democracia e diante da posição defendida pela autora de um papel mais ativo do poder Judiciário na concretização dos direitos sociais,⁹ revela-se que haveria tensão entre a jurisdição constitucional e a democracia, quando aquela, em face de uma omissão legislativa que impeça a execução de um direito fundamental social, assegura esse direito fundamental ao cidadão, dando-lhe, portanto, conteúdo concreto, tanto em sede de controle difuso, quanto em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Logo, muitas vezes intervém, não só na esfera do Legislativo - ao estabelecer a norma a ser aplicada ao caso concreto -, mas também na esfera do Executivo, quando tem que tomar decisão de política pública.

Delimitada a questão, continua a autora, não se pode perder de vista que os direitos fundamentais não se destinam apenas ao Poder Legislativo, mas também ao Estado e aos particulares, sendo o Estado seu principal destinatário. Aduz, fundamentada em extensa e respeitada base doutrinária, que o choque entre direitos fundamentais inflexíveis e democracia é apenas aparente, posto que os direitos fundamentais presentes na Carta Constitucional são tão importantes que sua outorga ou sua limitação não pode ser deixada para ser decidida por uma simples maioria parlamentar.

Citando Alexy, ocorre que a necessária coalizão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais relaciona-se com a distribuição de competências, já elaboradas na própria Carta Constitucional, a qual distribui a competência do Poder Legislativo, nos

⁹ É necessário ressaltar que a dissertação de mestrado da autora foi realizada em 2005, ocasião em que vigia o entendimento inicial do STF em mandado de injunção adstrito apenas à comunicação ao Legislativo de sua omissão.

limites dos direitos fundamentais, apesar de legitimado de forma democrática e direta; bem como dá competência ao Judiciário, que é legitimado de forma indireta para controlar os atos legislativos que contrariem formalmente os direitos fundamentais.

Segundo Dworkin (2000), ao defender decisões dos tribunais consoantes princípios:

Não há nenhuma razão para pensar abstratamente que a transferência de decisões sobre direitos das legislaturas para os tribunais retardará o ideal democrático da igualdade do poder político, podendo, ao contrário, muito bem promover esse ideal.

Cláudio Pereira de Souza Neto explica que, na concepção dual de democracia, a legitimidade da jurisdição constitucional se justifica "no dever de efetivar os valores fundamentais da comunidade, expressos no momento constituinte", ou seja:

Como a política ordinária se caracteriza, para este ponto de vista, como um mero embate entre elites políticas, desprovido de compromisso ético, não há razão para preferi-lo em lugar do momento de alta dignidade valorativa, que são os momentos constituintes. (SOUZA NETO apud BARBOZA, 2007, p. 138)

Sob esta perspectiva, a legitimidade democrática do Judiciário consiste no fato de ser considerado "um guardião desse grande momento em que se forja a identidade da nação" (ibid.), no qual, por sua vez, são estabelecidos os direitos fundamentais num momento democrático "mais democrático" do que o da elaboração das leis ordinárias, razão pela qual não haverá qualquer incompatibilidade entre a democracia e a proteção dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional.

A autora demonstra em sua obra, com riqueza de fundamentos, que a tensão entre a jurisdição constitucional, os direitos fundamentais e a democracia e constitucionalismo é apenas aparente, visto que a jurisdição constitucional exerce um papel importante na implementação dos valores substantivos previstos na Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, na realização da democracia. Estefânia Barboza defende que o Poder Judiciário, por meio da jurisdição constitucional, deve exercer um papel ativo - tanto político, como social - no Estado brasileiro, interpretando os direitos sociais, especialmente os de cunho prestacional, de forma a dar-lhes a maior efetividade possível, como única forma de alcançar a justiça e a democracia, erigindo o Brasil em um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Verifica-se que os fundamentos trazidos pela autora, afastando tensão entre constitucionalismo e democracia, compreendem análise de quadrante com dimensão de abrangência bem extensa quanto ao papel ativo do Poder Judiciário. Contudo, esses fundamentos podem ser utilizados, em face de seu cabimento de forma indubitável, para sustentar e dar guarida à nova posição concretista adotada pelo STF nos julgamentos dos mandados de injunção.

Cabe também registrar que, mesmo na nova posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, aquela corte, após análise detida da omissão do legislador, ao dar efeitos concretos à sua decisão, tornando efetivo o direito assegurado na Constituição, consignou nos julgados que a decisão, a par de resolver o caso posto, tem caráter supletivo e resolutório até que o poder Legislativo cumpra seu papel. Avançou a corte, mas atuou de forma cautelosa, dentro dos limites previstos e exigidos pelo poder constituinte, exerceu sua função jurisdição constitucional de forma substantiva, sem, contudo, perder de vista a separação dos poderes.

3 Aplicabilidade das normas constitucionais

Segundo Flávia Piovesan (1995), a aplicabilidade das normas constitucionais corresponde à capacidade de realizabilidade normativa, ou seja, à capacidade da norma de produzir seus próprios efeitos jurídicos. Em face das lições da doutrina tradicional, problemática era a aplicabilidade das normas denominadas “não autoexecutáveis” ou “não bastante em si mesmas”, não detentoras de aplicabilidade imediata. Sustentava-se que muitas dessas normas não se revestiam dos meios de ação essenciais ao seu exercício, fator que, indubitavelmente, comprometia sua força jurídica vinculante.

Segundo a autora, é com a doutrina italiana, especialmente com a contribuição de Crisafulli, que há um avanço extremamente significativo no campo da aplicabilidade das normas constitucionais. De modo inédito, as normas constitucionais denominadas “não autoexecutáveis”, ou “não bastantes em si”, ou ainda “diretivas”, passam, na doutrina de Crisafulli, a dispor de aplicabilidade, sendo obrigatórias e vinculantes.

No Brasil, José Afonso da Silva (1998), em reconhecida obra a respeito da aplicabilidade das normas, sustenta que todas as normas constitucionais são dotadas de aplicabilidade, variando o grau de aplicabilidade por elas apresentado. Sob este enfoque, as normas constitucionais são classificadas em normas de eficácia plena, contida e limitada.

Contudo, ainda se apresenta controversa a aplicabilidade das normas programáticas. Para a doutrina constitucionalista tradicional, aquelas normas não teriam aplicabilidade imediata, tendo mais natureza de expectativa que de verdadeiros direitos subjetivos (MIRANDA, 1991, p. 244-245).

Canotilho, marcando uma decidida ruptura com essa doutrina, preleciona:

Pode-se e deve-se dizer que hoje não há normas programáticas. É claro que continuam a existir normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que impõem uma atividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. Mas o sentido destas normas não é o que lhes assinalava tradicionalmente a doutrina como “simples programa”, “exortações morais”, “declarações”, “sentenças políticas”,

“aforismos políticos”, “promessas”, “apelos ao legislador”, “programas futuros” juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às normas programáticas, é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico aos dos restantes preceitos da Constituição. [...] Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: 1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); 2) como diretivas materiais permanentes, elas vinculam positivamente todos os órgãos concretizadores, devendo estes órgãos tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); 3) como limites negativos, justificam a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam”. (CANOTILHO, 1989, p. 132)

Paulo Bonavides (1993, p. 224) defende que a programaticidade das constituições há de se combinar com a sua efetividade, sob pena de debilitar o constitucionalismo, abrindo campo às mais graves transgressões jurídicas: “A programaticidade sem juridicidade poderá, enfim, converter-se formal e materialmente no maior obstáculo à construção de um verdadeiro Estado de Direito. A história registra que, fora da Constituição, nasce apenas o arbítrio, incompatível com o fortalecimento das sociedades democráticas”.

No mesmo sentido, é o entendimento de Luis Roberto Barroso (1993, p. 100), para quem é puramente ideológica e não científica a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais. Também os direitos políticos e individuais enfrentaram a reação conservadora até sua consolidação final. Assinala ainda aquele constitucionalista que a afirmação dos direitos fundamentais como um todo, na sua exequibilidade plena, vem sendo positivada nas cartas políticas mais recentes, como se vê no art. 2º da Constituição Portuguesa e no Preâmbulo da Constituição brasileira, que proclama ser o país um Estado democrático, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”.¹⁰

Como já registrado, a Constituição brasileira de 1988 positivou a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º). Não obstante essa disposição, um rol de direitos assegurados naquela carta carece de normas infraconstitucionais integrativas para os fins de aplicabilidade plena. Normas que ainda não foram elaboradas pelos poderes competentes, notadamente o Legislativo. Diante deste cenário, sobreleva-se a importância do controle da inconstitucionalidade por omissão e de um de seus instrumentos, o mandado de injunção.

¹⁰ O mencionado constitucionalista acentua: “As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua não observância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão ao seu comando. As disposições constitucionais não são apenas normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nesta matéria, considerando-as prescrições desprovidas de sanção, mero ideário não jurídico”. (BARROSO, op. cit., p. 72).

4 Proteção judicial contra omissões legislativas integrativas à ordem constitucional

A omissão legislativa resulta do silêncio do legislador na tarefa de editar as normas necessárias para a efetividade da Constituição. Trata-se do não cumprimento do dever especial de legislar, que se manifesta constitucionalmente quando há uma ordem concreta de legislar. Significa, em sentido jurídico-constitucional, não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado.

Isso significa que o legislador violou, por ato omissivo, o dever de atuar concretamente, imposto pelas normas constitucionais. Logo, o conceito de omissão aponta a não fazer o que de forma concreta e explícita estava constitucionalmente obrigado, ou seja, a omissão inconstitucional está relacionada à exigência concreta de ação contida nas normas constitucionais.

No dizer de J. J. Canotilho:

A omissão legislativa só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexiona com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas. [...] poderá, de uma forma geral, falar-se de uma inconstitucionalidade por omissão quando a Constituição consagra normas sem suficiente densidade para se tornarem exequíveis por si mesmas, reenviando para o legislador a tarefa de lhe dar exequibilidade prática. (CANOTILHO, 1993, p. 354-355)

Nesta concepção, a omissão legislativa, jurídico-constitucionalmente relevante, existe quando o legislador não cumpre o dever constitucional de emanar normas, destinadas a atuar as imposições constitucionais permanentes e concretas. Isto significa que o legislador violou, por ato omissivo, o dever de atuar concretamente, imposto pelas normas constitucionais. Logo, o conceito de omissão aponta a não fazer aquilo a que de forma concreta e explícita estava constitucionalmente obrigado, ou seja, a omissão inconstitucional está relacionada à exigência concreta de ação contida nas normas constitucionais (CANOTILHO, 1994, p. 481-482).

Nesse mesmo sentido, Jorge Miranda sustenta que a omissão legislativa apresenta os seguintes pressupostos: a) o não cumprimento da Constituição derivar da violação de certa e determinada norma; b) tratar-se de norma constitucional não exequível por si mesma; e c) nas circunstâncias concretas da prática legislativa, faltarem as medidas legislativas necessárias para tornar exequível aquela norma (MIRANDA, 1991, p. 518).

Flávia Piovesan (1995) assevera que, para caracterizar a omissão legislativa, a intervenção do legislador há de advir não do dever geral de legislar, mas da específica e concreta incumbência ou encargo constitucional. Surge uma verdadeira ordem de legislar de cunho específico, cujo cumprimento está adstrito à emissão de normas correspondentes.

No pensar de Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986), a omissão inconstitucional implica processo de mutação constitucional. Para a constitucionalista:

A inércia dos órgãos estatais, que deixam de exercer a obrigação de emanar normas, determinada em preceitos constitucionais, traduz verdadeiro processo informal de mudança da Constituição. Configura inegável processo de mudança constitucional, embora não altere a letra constitucional, altera-lhe o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como inconstitucional [...]. Como modalidade de mutação constitucional, a inércia é processo pernicioso, que acarreta consequências desastrosas à vida constitucional dos Estados. (FERRAZ, 1986, p. 217-218)

Contudo, a caracterização da omissão legislativa inconstitucional e seu controle propulsionam uma inversão positiva no raciocínio jurídico tradicional. Se antes, a imperfeição, o vício e a deformidade correspondiam às normas constitucionais não autoexecutáveis, dependentes de legislação, com o advento da inconstitucionalidade por omissão, o problema desloca-se para o âmbito da legislação. Ou seja: torna-se passível de inconstitucionalidade a omissão dos poderes públicos, quando inviabiliza a efetividade de preceito constitucional. Esta visão coaduna-se com o princípio da hierarquia e supremacia da Constituição, posto que maior relevância é atribuída à Constituição do que à lei - o que expressa ruptura com a antiga concepção que conferia maior relevância à omissão dos poderes constituídos que à ação do poder constituinte.

Constata-se, assim, que a inconstitucionalidade por omissão se situa na fronteira da discricionariedade do legislador e do dever de legislar a que está sujeito, em determinadas hipóteses.

Com efeito, o conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz a ideia de liberdade e de limitação. Se é reconhecido ao legislador o poder de conformação dentro dos limites estabelecidos na Constituição, vedando-lhe o excesso de poder, por outro lado, o poder discricionário de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar.

A omissão inconstitucional é equiparável, nessa ótica, à ação inconstitucional. Curioso é o caráter ambivalente das normas constitucionais, ao mesmo tempo “ordem de ação” e “limite de ação”. Tanto a liberdade discricionária outorgada ao legislador como os limites desta liberdade surgem como questão jurídica suscetível de aferição judicial, passível de ser solvida no âmbito do controle de constitucionalidade (MENDES, 1990, p. 41).

No caso brasileiro, preocupando-se com a efetividade de seus preceitos, a Constituição de 1988 introduziu mecanismos jurídicos inéditos voltados ao controle da inconstitucionalidade por omissão: mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

5 Mandado de injunção

5.1 Origem

Alguns autores indicam suas raízes no instituto *writ of injunction* do Direito anglo-americano, remédio de uso frequente, com base na chamada jurisdição de equidade, aplicando-se sempre quando a norma legal se mostra insuficiente ou incompleta para solucionar com Justiça determinado caso concreto (BACHA, p. 224-228). A injunção, naquele direito, está ligada direta ou indiretamente a uma obrigação de fazer ou para impedir que se pratique determinado ato.

Outros autores apontam sua origem no Direito Constitucional português, como uma derivação, para os casos concretos de inconstitucionalidade por omissão. No Direito português, a única finalidade do instituto é a advertência do poder competente omissor.

Ao que tudo indica, o Direito brasileiro apropriou-se do termo inglês, mas sem identidade quanto ao conteúdo do instituto¹¹, estando mais próximo do instituto do Direito português. Fato é que a existência de disposições constitucionais dependentes de regulamentação levou o Constituinte de 1988, em passo dos mais apropriados no dizer do min. Marco Aurélio Mello (2008), a prever, no artigo 5º da Carta Federal, o mandado de injunção, fazendo-o mediante 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.

5.2 Conceito

O mandado de injunção é uma nova garantia instituída no art. 5º, LXXI, da CF88, com o seguinte enunciado:¹² “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”.

Consoante José Afonso da Silva (1993, p. 391), 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,

¹¹ Como bem salienta Wander Paulo Marotta Moreira (1990, p. 405), estudando o direito comparado a respeito do instituto: “No Direito estrangeiro, porém está a injunção direta ou indiretamente ligada a uma obrigação de fazer, no Brasil, a natureza do comando é claramente diversa pois destina-se a corrigir inconstitucionalidade decorrente de omissão de órgão público ou entidade privada que deva regulamentar o exercício do direito constitucionalmente assegurado”.

¹² Nas palavras de Flávia Piovesan (1995, p. 117), trata-se de verdadeira ação constitucional. Segundo a autora, o mandado de injunção é garantia constitucional inédita prevista na Constituição de 1988 no capítulo “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” - que integra o Título II, “Direitos e Garantias Fundamentais” - surge ao lado das demais garantias constitucionais, a saber: mandado de segurança individual e coletivo, habeas corpus, habeas data e ação popular. Revela-se verdadeiro instrumento de realização do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, previsto pelo artigo 5º, § 1º, da Constituição de 1988.

exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal finalidade consiste em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação, revelando-se um instrumento de realização prática da disposição do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

5.3 Requisitos

Extraem-se da norma constitucional instituidora do mandado de injunção os seguintes requisitos: a *omissão* do Poder Público consistente na falta de norma regulamentadora de previsão constitucional e a *inviabilização* do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Segundo ainda Flávia C. Piovesan (2005, p. 4), para que se compreenda o alcance do novo instituto, importa destacar que a concessão da injunção está condicionada a uma relação jurídica de causa e efeito. Vale dizer, a uma causa - a falta de norma regulamentadora - a ordem jurídica atribuiu uma consequência - a inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Diversos são os julgados do Supremo Tribunal Federal em que ficou assentada a necessidade de estar clara este nexo de causalidade. Como firmado por aquela corte, no julgamento do MI nº 81-6:

A situação de lacuna técnica - que se traduz na existência de um nexo causal entre o *vacuum juris* e a impossibilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania - constitui requisito necessário que condiciona a própria impetrabilidade desse novo remédio instituído pela Constituição de 1988.

5.4 Finalidade

O mandado de injunção não visa a obter a regulamentação prevista na norma constitucional, função precípua do Poder Legislativo. Também não é função do mandado de injunção solicitar a expedição de norma regulamentadora, pois ele não é substituto da ação de inconstitucionalidade por omissão. Na linha de buscar eficácia para as normas constitucionais, entendemos que a finalidade do mandado de injunção é propiciar ao Judiciário, de forma imediata e concreta, suprir a lacuna normativa existente e, assim, tornar viável o exercício daqueles direitos a que se refere o art. 5º, LXXI.

Nas lições de Flávia Piovesan (op. cit.), diversas são as correntes doutrinárias que buscam interpretar a finalidade do mandado de injunção e, conseqüentemente, os efeitos da decisão dele decorrente.

A primeira corrente atribui ao Poder Judiciário, ao conceder o mandado de injunção, a elaboração da norma regulamentadora faltante, suprindo a omissão do legislador. Esta corrente converte o mandado de injunção de instrumento de tutela do direito subjetivo em instrumento de tutela de direito objetivo e confere ao Judiciário o poder de normatizar em sentido geral e abstrato, em afronta ao princípio da tripartição dos poderes, tendo em vista que a produção de norma geral e abstrata é atividade típica e própria do poder Legislativo.

A segunda entende que, na concessão da injunção, deve o Poder Judiciário declarar inconstitucional a omissão e dar ciência ao órgão competente para se adotarem as providências necessárias à realização da norma constitucional. Óbice ao seu acolhimento é a atribuição, ao mandado de injunção, de idêntica finalidade à da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A duplicidade de instrumentos jurídicos afastaria a logicidade e coerência do sistema constitucional.

A terceira linha doutrinária defende caber ao Judiciário, ao conceder a injunção, tornar viável, no caso concreto, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que se encontra obstado por faltar norma regulamentadora. Na linha de posicionamento de Flávia Piovesan (op. cit., p. 129-138), acolhe-se esta corrente que interpreta o mandado de injunção como instrumento apto a viabilizar, no caso concreto, o exercício de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais que se encontrem inviabilizados por faltar norma regulamentadora. Nesta ótica, revela-se o mandado de injunção verdadeiro instrumento de realização do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

6 Novas perspectivas diante da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal

A primeira linha de entendimento firmada pelo STF quanto ao novo instituto do mandado de injunção adotou a corrente não concretista, limitando sua finalidade, após a declaração de inconstitucionalidade por omissão, à ciência dessa declaração ao ente estatal inerte. Recusou-se o Supremo a possibilidade de proferir sentença de cunho constitutivo. Veja o excerto da decisão proferida no julgamento do MI nº 107-3/DF, *leading case*, na matéria:

O mandado de injunção é ação outorgada a titular de direito, garantia ou prerrogativa dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora; é ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade desta omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º, da Carta Magna).¹³

¹³ STF, MI nº 107-3 DF, DJU, Seção I, 21/9/1990, p. 9.782, rel.: min. Moreira Alves.

A corte restringiu o alcance do mandado de injunção, ao atribuir-lhe tão somente as mesmas consequências da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O ministro relator, Moreira Alves, fundamentou em argumento consoante o qual se ao STF, instados pelos legitimados pelo art. 103, I a IX, da Lei Maior, não foi atribuída competência normativa por meio da ação de direta de inconstitucionalidade por omissão, com maior razão tal não poderia ocorrer quanto aos demais juízos e tribunais, bem como a si próprio quando provocado por qualquer do povo.

Com base no precedente acima, o Supremo Tribunal Federal reiterou o mesmo entendimento quando do julgamento do MI nº 168-5, sustentando:

O mandado de injunção nem autoriza o poder Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem menos ainda lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado.¹⁴

Num período de quase 20 anos, essa orientação predominou naquela corte: a contar de posicionamentos na mesma linha,¹⁵ verificou-se um esvaziamento do instituto, conduzindo-o, na prática, a um estado extintivo.

Contudo, a interpretação do direito é dinâmica: alie-se a isso também a significativa modificação na composição daquela corte ocorrida nos últimos sete anos, em que se verificou, a partir da posse de Gilmar Mendes (ocorrida em 6/2003), o assento de 8 novos ministros, de um total de 11.

Com a nova composição atual, verificou-se, a partir do segundo semestre de 2007, uma substancial alteração no entendimento sobre o tema, passando a corte a adotar visão mais concretista do mandado de segurança, ultrapassando a timidez inicial do tribunal quanto ao seu alcance.

Essa nova visão foi verificada inicialmente nos julgamentos do MI nº 721-7/DF, versando sobre direito de servidor público à aposentadoria especial ocorrido em 30/8/2007, e dos MIs nº 712/PA, 670/ES, e 708, ocorridos em 25/10/2007, atinentes ao direito de greve dos servidores públicos.

O quadro fático levado ao Supremo Tribunal Federal no MI nº 721-7 apresentava servidora pública do Ministério da Saúde no exercício da função de auxiliar de enfermagem desde outubro de 1986, atuando em ambiente insalubre, implementado o período consentâneo com o desgaste decorrente do contato com agentes nocivos, postulando o preenchimento de lacuna normativa, em face de não haver lei complementar para os fins de reconhecer seu direito à aposentadoria especial, consoante previsão do art. 40, § 4º, da Constituição. Sucessivamente, foi requerida a observância do Regime Geral de Previdência Social.

¹⁴ STF, RT 671/216 e RTJ 133/11.

¹⁵ MI nº 584, rel.: min. Moreira Alves, j. em 29/11/2001, DJ de 22/2/2002; MI nº 107-QO, rel.: min. Moreira Alves, RT 133/11; MI nº 283, rel.: min. Sepúlveda Pertence, RTJ 135/882; MI nº 361, rel.: min. Sepúlveda Pertence, j. em 8/4/1994, DJ 17/6/1994; MI nº 168, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. em 21/3/1990, DJ 20/4/1990.

O ministro relator, Marco Aurélio Mello, após consignar que se busca, no Judiciário, na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador, conclamou o Supremo, na nova composição, a rever a óptica inicialmente formalizada. Também assinalou a frustração gerada pelo alcance emprestado pelo Supremo ao mandado de injunção. Por fim, registrou que, embora sejam tantos os preceitos da Constituição de 1988 - apesar de passados 16 anos, à época do julgamento, ainda na dependência de regulamentação -, mesmo assim não se chegou à casa do milhar os mandados de injunção impetrados.

O pleno do Supremo Tribunal Federal acolheu por unanimidade o voto do relator. Suplantou-se a timidez de entendimento inicial da corte quanto ao seu alcance. Reconheceu-se naquele julgamento histórico que o constituinte buscou, com a inserção do mandado de injunção no cenário jurídico-constitucional, tornar viva, concreta a Lei Maior. Nessa linha, assentou a natureza mandamental do mandado de injunção, e não simplesmente declaratória; asseverou o descabimento de confundi-lo com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, bem como a necessidade de imprimir-lhe mais eficácia.

Após reconhecer a inércia do Poder Legislativo por mais de 15 anos, entendeu de estabelecer para o caso concreto e de forma temporária, até a vinda da lei complementar prevista, as balizas do exercício do direito assegurado constitucionalmente. Consignou que não haveria de se confundir a atuação no julgamento com a atividade do Legislativo, uma vez que, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato, e o que se verifica em termo de prestação jurisdicional é a viabilização no caso concreto do exercício do direito. O pronunciamento judicial faz lei entre as partes como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando até mesmo sujeito a uma condição resolutória, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, o Poder Legislativo.¹⁶

No julgamento do MI nº 712/PA, ocorrido em 25/10/2007, a respeito do direito de greve do servidor público,¹⁷ prevista no inciso VII do art. 37, assinalou o Supremo que ficou assentado no julgamento anterior do MI nº 20 que a aplicabilidade daquela norma depende de edição de ato legislativo, requisito indispensável à plena concreção do preceito constitucional. No entanto, verificando aquela corte a inércia do Congresso Nacional já fazia quase 20 anos e considerando as nefastas e deletérias consequências daquela omissão em tema tão relevante, consignou que a omissão faz emergir, em favor do beneficiário do comando constitucional, o direito de exigir uma atividade estatal devida pelo Poder Público, em ordem a evitar que a abstenção voluntária do Estado frustre, a partir desse comportamento omissivo, a aplicabilidade e a efetividade ao direito que lhe foi reconhecido pelo próprio texto da Lei Fundamental.

¹⁶ Voto do min. relator Marco Aurélio Mello, p. 9.

¹⁷ Note-se que naquele dia foram também julgados no mesmo sentido os MI nº 670/ES e 708, que tratam do mesmo assunto: direito de greve do servidor público.

O Poder Legislativo, neste contexto, está vinculado institucionalmente à concretização da atividade governamental a ele imposta pela Constituição, ainda que o efetivo desempenho dessa incumbência não esteja sujeito a prazos prefixados. A inexistência da lei reclamada pela Constituição reflete, de forma veemente e concreta, a não observância, pelo Poder Legislativo - dentro do contexto temporal referido - do seu dever de editar o ato legislativo, com evidente despreço pelo comando constitucional. Frustra-se, dessa maneira, a necessidade de regulamentar o texto da Lei Maior, o que demonstra a legitimidade do reconhecimento, por aquela Suprema Corte, da omissão congressual apontada.

Reconhecida a omissão, a diferença naquele julgamento foi o passo que a corte tomou de dar concreção ao comando constitucional, assegurando o exercício daquele direito no caso em exame.

O avanço passou pela verificação se o Supremo Tribunal Federal presta-se, quando se tratar da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. Decisões que se bastam em solicitar ao Poder Legislativo que cumpra o seu dever, inutilmente. Arguiu o relator, ministro Eros Grau, se é admissível o entendimento segundo o qual a Suprema Corte do país decide sem que seu julgado tenha eficácia. A mora do Congresso Nacional em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos já tinha sido objeto de declaração por aquela corte em anteriores julgamentos de mandados de injunção¹⁸ e sem ter surtido nenhum efeito, haja vista que permanecia a inércia do Legislativo. Ou, alternativamente, se o Supremo Tribunal Federal deve emitir decisões que efetivamente surtam efeito, no sentido de suprir aquela omissão, reiteradas vezes reconhecidas em julgados que tratavam do direito de greve dos servidores públicos.

Verificadas a inércia do Legislativo e a inviabilização do exercício do direito em razão disso, entendeu que constitui dever-poder do Tribunal a formação supletiva de norma regulamentadora para dar concretude ao caso concreto. Estaria exercendo função estatal normativa supletiva e não função legislativa. Entenda-se por função estatal a expressão do poder estatal - tomando-se aqui a expressão “poder estatal” no seu aspecto material, enquanto preordenado a finalidades de interesse coletivo e objeto de um dever jurídico. No mandado de injunção, o Poder Judiciário, ao apresentar a decisão com a norma aplicável à omissão, produz norma, interpreta o direito na sua totalidade. Por decorrência, entendeu o Supremo Tribunal Federal de reconhecer a falta da norma regulamentadora do direito de greve no serviço público, remover o obstáculo decorrente da omissão e, supletivamente, viabilizar o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição, nos termos do conjunto normativo enunciado naquela decisão. Vale dizer, em outras palavras, que a Lei de Greve aplicada à iniciativa privada vale também aos casos de paralisação dos serviços públicos, até o surgimento de lei específica. Após esses julgamentos, constata-se que o STF, modificando a jurisprudência

¹⁸ A título de exemplo: MI nº 20.

daquela corte - que até então dava às decisões em mandado de injunção um caráter meramente figurativo -, passou a dar concretude e efetividade nas decisões da corte neste tipo de ação.

Alterada a posição do STF, em que decisões simbólicas e meramente figurativas passaram a ser efetivas, aliada ao fato de que permanece a omissão do Congresso Nacional em regulamentar diversos direitos assegurados na Constituição, verificou-se um crescimento vertiginoso do volume de mandados de injunção a partir do 2º semestre de 2007 - passando de 17, em 2006, para 662, em 2009 (posição até julho).¹⁹ Esses dados revelam que a nova posição concretista vem encontrando guarida na sociedade.

7 Considerações finais

O mandado de injunção é uma ação constitucional que se revela um verdadeiro instrumento para se realizar o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, visando ao combate da inefetividade das normas constitucionais.

Na moderna concepção do constitucionalismo - segundo a qual a Constituição é uma obra aberta, mas de força jurídica obrigatória e vinculante -, ganha relevo o papel ativo do Poder Judiciário, ao prestigiar o método de interpretação concretista das normas constitucionais e a força normativa da Constituição.

Nesse sentido, o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal adotado nos julgamentos dos Mandados de Injunção nº 670, 712 e 721 - que se espera serem marcos inaugurais de um novo entendimento jurisprudencial - não ofende os princípios democráticos.

Ademais, com esse entendimento, diante da inércia dos outros poderes - notadamente o Legislativo -, o Poder Judiciário exerce de forma legítima e democrática a jurisdição constitucional, ao assegurar a realização dos direitos fundamentais. Atua consoante o poder-dever estabelecido pelo poder constituinte, restabelece a correta finalidade de garantia daquele instrumento e das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais, na medida em que, ao dar-lhe efeitos concretos, possibilita o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, até então inviabilizado por falta de norma regulamentadora.

Assim, com essa nova tendência de entendimento, pode-se concluir que os ditames constitucionais acabam prevalecendo. Com isso, ganha a cidadania, ganha a sociedade, uma vez implementadas a supremacia e a efetividade das normas constitucionais.

¹⁹ Veja os números dos mandados de injunção ajuizados por ano: 2005, 17 mandados; 2006, 17; 2007, 49; 2008, 140; e 2009, 662 mandados até julho. Fonte: <www.stf.jus.br>.

WRIT OF INJUNCTION: A NEW OUTLOOK AFTER THE CASE EVOLUTION IN THE SUPREME FEDERAL COURT

ABSTRACT: The writ of injunction is a constitutional guarantee against the non-effectivity of constitutional norms. This study - after contextualizing the theme and trying to demonstrate that the action of the Judicial System in putting the fundamental rights into effect before the delaying of the Legislative System does not show confronts to the democracy - intends to demonstrate that the writ of injunction did not have correct use by the Supreme Federal Court, a scenery with new perspectives before the evolution of the theme in the jurisprudence of that court.

KEYWORDS: Constitutional guarantee. Legislative omission. Fundamental rights. Jurisprudence. Supreme Federal Court.

Referências bibliográficas

BACHA, Sérgio Reginaldo. Mandado de Injunção. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 11. São Paulo, RT, p. 224-228, 1995.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. *A Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível em: <<http://www.pucpr.com.br/>>. Acesso em: 15 jul. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

_____. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.

_____. *Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos: O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra as Omissões Normativas*. In: *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. T. II. Coimbra: Coimbra, 1991.

PIOVESAN, Flávia C. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. São Paulo: RT, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). *Mandados de Segurança e de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.