

# O MANDADO DE INJUNÇÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO\*

Paulo Junior Trindade dos Santos\*\*

Thelleen Aparecida Balestrin\*\*\*

RESUMO: É de grande interesse científico na atualidade o crescimento tangencial do mandado de injunção, o qual, por meio das constituições, fortaleceu-se pelo sistema jurídico da *common law*, que visa a cumprir efetivamente os preceitos constitucionais. Sendo o Poder Judiciário o órgão que passa a legislar de forma negativa, por meio de suas funções políticas, o mandado de injunção é um instrumento ainda pouco utilizado, mas importante na medida em que a sociedade democrática passa a buscar a realização dos preceitos constitucionais, intensificando-se, desse modo, o ativismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário. Constituição. Mandado de Injunção.

## Introdução

Passar-se-á a estudar o instituto do mandado de injunção, concebido na Inglaterra, mas que ganhou força diante das colônias norte-americanas frente ao sistema jurídico da *common law*. No Direito norte-americano, o mandado de injunção objetivava a tutela de direitos perante uma jurisdição constitucional fortalecida por tribunais constitucionais.

Em alguns países europeus - mais precisamente na Inglaterra - tal instituto foi introduzido para o combate da inércia do Poder Legislativo, o que se assemelhou com o modo pelo qual ocorreu no Direito brasileiro.

A Constituição Brasileira de 1988, passou a prever o mandado de injunção em seu novel texto de direitos políticos, divergindo apenas em singulares aspectos dos demais institutos já existentes, como, *verbi gratia*, a ação de inconstitucionalidade por omissão.

O presente trabalho tem por escopo analisar as circunstâncias e singularidades do mandado de injunção, demonstrando desde já que o referido instituto confere ao Poder Judiciário a função de suprir omissões legislativas do Poder Legislativo. Ver-se-ão as correntes seguidas pelo Superior Tribunal Federal, haja vista que alguns de seus ministros divergem opiniões sobre o importante *writ*.

Apresentar-se-ão os entes legitimados para a propositura do importante remédio, assim como as finalidades e objetivos do mandado, para, assim, elucidar o tema em alento.

---

\* Enviado em 4/10/2011, aprovado em 12/1 e aceito em 9/3/2012.

\*\* Mestrando pela Universidade de Vale do Rio dos Sinos - Campus São Leopoldo; Especialista em Direito Processual Civil e Trabalhista - Associação dos Magistrados da 12ª Região em parceria com a Universidade do Oeste de Santa Catarina, campus Xanxerê. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Ponte Serrada, Santa Catarina, Brasil. E-mail: paulojuniortrindadedossantos@hotmail.com.

\*\*\* Especialista em Direito do Trabalho - Universidade Anhanguera; Especialista em Direito Público e Privado - Escola da Magistratura de Santa Catarina. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Ponte Serrada, Santa Catarina, Brasil. E-mail: thelleenbalestrin@hotmail.com.

Portanto, o mandado de injunção buscar dar efetividade às normas constitucionais definidas como direitos subjetivos, por meio do Poder Judiciário, passando este a resolver algumas situações por intermédio desse instituto: esse poder não estará somente julgando, mas também criando o direito, por meio do ativismo judicial.

## 1 O mandado de injunção no Direito Constitucional brasileiro

O mandado de injunção tem como nascedouro a Constituição inglesa do Rei João Sem Terra, conhecida como Magna Carta (1215). Ganhou vida pelo Direito anglo-saxônico - ou, melhor, pelo Direito Inglês em meados do século XVI. Difundiu-se logo em seguida no Direito norte-americano, por conta da colonização dos Estados Unidos pelos ingleses. Tinha o escopo de aplicar a igualdade onde não existia preceito legal para o caso concreto, como refere Uadi Lammêgo Bulos:

O histórico de seus antecedentes dá-se na Inglaterra, quando, em pleno século XVI, constituía um dos mais importantes institutos da *Equity*. Surgiu, pois, com o juízo de equidade, cuja aplicação no sistema *common law* se dava naqueles casos em que inexistia norma legal (*statutes*) para regular o direito, a liberdade ou a prerrogativa pleiteada no caso *sub judice*.

Sua fonte mais próxima está no *writ of injunction* dos norte-americanos, instrumento destinado a tutelar direitos fundamentais comprometidos pela falta de norma legal para concretizá-los. (BULOS, 2009, p. 598)

O Direito norte-americano deu origem embrionária longínqua ao *writ* aqui estudado, eclodindo este juntamente com o Bill of Rights, como explica Ackel Filho:

Nos Estados Unidos, injunção é remédio de uso frequente, com base na chamada jurisdição de equidade. Ali, todas as Cortes aplicam em larga escala a equidade como meio de solução dos litígios, a tal ponto que, no passado, havia juízes que cuidavam exclusivamente dos casos de equidade, as *Court of Equity*, ao lado dos juízes ordinários.

A jurisdição de equidade americana atua sempre que a norma se afigura incompleta ou insuficiente para solucionar, com justiça, determinado caso. E também quando a questão envolva julgamento com base em princípio de justiça e consciência, o determina a busca de um remédio de equidade. (ACKEL FILHO, 1991, p. 113)

Aponta Marcos Antônio Souto Maior Filho (2001) que, diante de uma visão hermenêutica e do Direito comparado, este nobre instituto é herança do Direito anglo-saxônico: deve, assim, o juiz dar solução ao caso concreto com princípios de justiça e equidade, podendo suprir a norma programática caso seja relevante (SOUTO MAIOR FILHO, 2001).

O remédio heroico na Grã-Bretanha teve grande aplicabilidade; já no Direito norte-americano foi e é utilizado como “medida definitiva” ou, em outros momentos, como “medida de natureza cautelar”, podendo evocar-se para a proteção de direitos previstos constitucionalmente, diante das jurisdições constitucionais. Ackel Filho chama-o

de instituto alienígena de grande importância. De forma clara, determina o conceito e objeto do mandado de injunção:

Cotejando o direito comparado verifica-se que a injunção do direito anglo-americano constitui remédio típico, instrumento de largo uso, visando sempre impedir uma lesão de direito. No sistema francês apresenta-se como medida de caráter restrito a certos provimentos judiciais, que imiscuidos de conteúdo mandamental-policial, quer caracterizados como ordens genéricas. Na Alemanha é remédio contra ilegalidade governamentais que violem direitos constitucionais. Em Portugal, não se cuida de injunção, mas de diverso instituto versante sobre o não cumprimento dos direitos fundamentais por omissão legislativa, ensejando mecanismo para que o órgão competente supra a norma em tese editando-a. (ACKEL FILHO, 1991, p. 115)

Ainda afirma-se que, no Direito Português, havia instituto similar, que visava ao combate da inércia do Legislativo. Contudo, foi no Direito norte-americano que o mandado de injunção teve maior relevância, onde, diante de disputas trabalhistas, visou a assegurar e a proteger os direitos constitucionais, sendo usado também para resguardar a liberdade de reunião e também para garantir os direitos contra a discriminação racial e religiosa (COÊLHO, 1999, p. 564).

Diante disso, percebe-se a grande evolução deste instituto: até mesmo a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu-o em nossa insigne Carta de Direitos Políticos frente a nosso modelo de Estado democrático de direito, pois é clara a necessidade de seu uso para que não sejam obsoletos os “princípios basilares” do Direito delineados em nosso ordenamento jurídico. Souto Maior Filho ensina que:

Tal comparação com Writ of Injunction (do direito anglo-saxônico) só vem consolidar o nosso entendimento acerca da intenção do legislador constituinte em emprestar a força ao nosso Mandado de Injunção, para tornar exercitáveis ou, pelo menos, fruíveis os direitos que estão previstos na Constituição Federal. Há de se esperar que a inércia do Poder Legislativo não possa fazer com que nossa Carta Magna se torne um “manual das boas intenções”, ou, por não dizer, autêntica letra morta. Seria uma excrescência imaginar assim. É jogar por terra os princípios basilares do nosso Estado Democrático de Direito. (SOUTO MAIOR FILHO, 2001)

O que se verifica, portanto, “[...] é que o Supremo Tribunal Federal limitou excessivamente o Mandado de Injunção e abdicou do poder que lhe foi conferido pelo legislador Constituinte” (BRANDÃO, 2006, p. 283). Preocupou-se em aumentar o raio de abrangência, ao ponto de, em seu texto magno, ficando precisamente expressos os dispositivos de todas as áreas do sistema jurídico brasileiro, antes desconhecidos pelo texto normativo maior. Souto Maior Filho (2001) apresenta três correntes no que se refere ao instituto em alento. Contudo, apenas uma é a dominante em nosso ordenamento pátrio.

A primeira, sustentada pelos ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello e defendida por este no Mandado de Injunção nº 288-6, explicita que se deve declarar a omissão e se deve comunicar à Câmara Legislativa para que se tomem as devidas providências. Apesar de infelizmente ser a corrente dominante em nosso ordenamento pátrio,

a Suprema Corte entende que persistindo a inércia, mesmo após a comunicação, estará ressalvado o direito de reparação financeira ao impetrante.

Reza o Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito:

[...] o novo writ constitucional, consagrado pelo art. 5º, LXXI, da Carta Federal, não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 107. Rel.: min. Moreira Alves, DJ, 1, de 21/9/1990).

A segunda corrente, a qual aderem os ministros Carlos Veloso e Marco Aurélio, explicita que devem ser preenchidos os requisitos e ser declarada a omissão pelo órgão competente, além ser concedido o efeito *inter partes* desde já até que o poder legiferante supra tal lacuna. Alude o ministro Marco Aurélio:

[...] sob minha ótica, o mandado de injunção tem, no tocante ao provimento judicial, efeitos concretos, beneficiando apenas a parte envolvida, a impetrante. No caso, a prevalecer o precedente da Corte, quanto à mera comunicação do Congresso Nacional, vindo a baila um diploma legal provocado pela nossa decisão, haverá um alcance ilimitado quanto às partes envolvidas no Mandado de Injunção. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 107 Rel.: min. Moreira Alves. DJ, 1, de 21/9/1990)

Enfim, entende o ministro que não se deve esperar a boa vontade do Congresso Nacional, ou do órgão omissor, mas a resolução do “problema”, para tornar viável o exercício do direito aludido (BRASIL, 1990).

A última corrente, citada pelo autor é sustentada pelos ministros Néri de Silveira e Moreira Alves, é absorvida por nós. Por ela, entende-se que o STF deveria declarar a omissão inconstitucional normativa e comunicar ao órgão competente, que no prazo inferior ao do processo legislativo sumário, haja a manifestação do poder competente. Corroboramos com o pensamento de Marco Antônio Souto Maior Filho:

Só após decorrido esse prazo, e não tendo o Legislativo ou Executivo suprido a omissão, é que o Tribunal poderá, para o caso concreto e *inter partes*, fixar as condições necessárias a que possa o impetrante usufruir de seu direito subjetivo. Dessa forma, não estará acontecendo usurpação nem separação dos poderes (art. 2º), nem estará sendo ferido o Princípio da Inafastabilidade do Judiciário na apreciação das lides, como prevê o art. 5º da Constituição Federal de 88 [...].

Entendemos que deveria o STF declarar a omissão inconstitucional normativa e comunicar ao órgão competente, seja ele o Executivo ou o Legislativo, para que, num prazo nunca inferior ao do processo legislativo sumário, haja a manifestação do poder competente. Só após decorrido esse prazo, e não tendo o Legislativo ou Executivo suprido a omissão, é que o Tribunal poderá, para o caso concreto e *inter partes*, fixar as condições necessárias a que possa o impetrante usufruir de seu direito subjetivo. Dessa forma, não estará acontecendo usurpação nem separação dos poderes (art. 2º), nem estará sendo ferido o Princípio da Inafastabilidade do

Judiciário na apreciação das lides, como prevê o art. 5º da Constituição Federal de 88: “Art. 5º [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Cabe ao Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, salvaguardar os direitos e liberdades constitucionais inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o seu exercício. Entendemos, por último, que a decisão proferida pelo Sinédrio Federal é, concretamente, decisão suplementar e possibilitadora do exercício de direito assegurado, mas não integrada nem *erga omnes*. Ora, se assim não acontecer, só resta imaginar que todo o trabalho feito por nossa Assembleia Nacional Constituinte está submisso a paradigmas incomensuráveis e decisões políticas, que chegam a fugir das linhas da imaginação, tolhendo o que a Lei Maior nos concedeu. (SOUTO MAIOR FILHO, 2001)

Além disso, não se deve deixar de mencionar que o mandado de injunção é aplicado somente em se tratando de omissão legislativa de normas constitucional de eficácia limitada, cujo sentido exato seria:

[...] as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação o qual deixou o legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio o esquema. Estas normas, contudo, ao contrário do que ocorria com as ditas não autoaplicáveis, não são completamente desprovidas de normatividade. (BARROSO, 2009, p. 214)

Portanto, este mandado serve de instrumento para realização das normas constitucionais de eficácia limitada, frente a síndrome de inefetividade do poder legiferante, em que o Poder Judiciário faz com que se efetivem as promessas constitucionais.

Pautadas nessas considerações a respeito do insigne mandado de injunção, há de se ressaltar a diferença entre ação de inconstitucionalidade por omissão e o instituto por ora em análise, haja vista que ambos têm como intuito solucionar inefetividades da Constituição, ou seja, apresentam ampla similitude. Assim delinea Kildare Gonçalves de Carvalho:

O mandado de injunção é instrumento de tutela de direitos subjetivos e a inconstitucionalidade por omissão tutela direito objetivo. Assim, o mandado de injunção é garantia constitucional individual, e a ação de inconstitucionalidade por omissão é ação constitucional de garantia da Constituição. O primeiro destina-se a tornar imediatamente viável o exercício de direitos fundamentais, enquanto que a inconstitucionalidade por omissão objetiva tornar efetiva uma norma constitucional, ainda que a mesma defina ou não um direito. Essa diferença é percebida na própria dicção do texto constitucional. [...]

O mandado de injunção é instrumento de provocação da jurisdição constitucional concentrada, como o são a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Já o mandado de injunção é remédio individual, tal como o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data*, a ação popular e a ação civil pública [...] devendo ser processado e julgado por juízo ou tribunal integrante de qualquer justiça, sendo a competência fixada em razão do órgão legislativo competente para a edição da norma regulamentadora

reclamada. A ação de inconstitucionalidade por omissão é processada e julgada exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados relativamente às omissões contestadas em face das Constituições Estaduais [...]. (CARVALHO, 2008, p. 1.344)

Superadas as correntes formadas pelos inclitos ministros do Superior Tribunal Federal, passar-se-á a analisar para que servem o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. O primeiro viabiliza o exercício de direitos e liberdades constitucionais, quando não existir lei específica, ou melhor: quando a legislação for omissa por parte do Poder Legislativo; no que se refere à ação de inconstitucionalidade por omissão, esta não viabiliza direito algum, mas sim declara a inconstitucionalidade pela omissão constitucional, dando ciência ao órgão competente para a adoção das medidas cabíveis.

Neste mesmo sentido, Kildare Carvalho ensina ainda que:

[no] *mandado de injunção*, quanto ao provimento jurisdicional proferido, no caso de procedência do pedido, dá ensejo a que se viabilize o exercício de direitos e liberdades constitucionais, *quando da falta de norma regulamentadora*. Na *ação de inconstitucionalidade por omissão*, no figurino em que é prevista a ação, o Supremo Tribunal Federal *não viabiliza diretamente direito algum, mas apenas declara inconstitucional a omissão constitucional, dando ciência ao órgão competente para a adoção das providências necessárias*.

No mandado de injunção, os efeitos da decisão limitam-se às partes da relação processual. Na inconstitucionalidade por omissão, em decorrência de se tratar de um processo objetivo, em que não há partes no sentido material, nem qualquer controvérsia a ser dirimida, os efeitos da decisão são *erga omnes*. (CARVALHO, K., 2008, p. 1.344) (grifo nosso)

Portanto, os efeitos da decisão são outra diferença peculiar entre os dois institutos constitucionais: a decisão do mandado de injunção limita-se às partes da relação processual, ou melhor, faz efeitos *inter partes*; já, na ação de inconstitucionalidade por omissão, os efeitos são *erga omnes*.

Concluindo as diferenças expostas acima, preleciona o grande mestre Clèmerson Merlin Clève, apresenta ambos os institutos jurídicos de forma mais simplista:

A ação de inconstitucionalidade por omissão configura instrumento do controle abstrato da constitucionalidade, voltado para a defesa (“integridade”) da Lei Fundamental; o mandado de injunção constitui remédio constitucional voltado, primordialmente, para a defesa de direito constitucionalmente definido e dependente de norma regulamentadora. (CLÈVE, 1993, p. 247)

A diferença fundamental reside entre ambos os institutos, que, em dias atuais, são de prolixa utilidade diante das sociedades modernas, democraticamente participativas, deixando-se lograr sua soberania às mãos do Poder Judiciário. Dessa feita, explica Gilmar Mendes que:

As decisões proferidas nesses processos declaram a mora do órgão legiferante em cumprir dever constitucional de legislar, compelindo-o a editar a providência requerida. Dessarte, *a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão* residiria no fato de que, enquanto o primeiro se destina à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico, o processo de controle abstrato da omissão, enquanto o processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico. (MENDES, 2007, p, 376) (grifo nosso)

Instadas estas diferenças, salutar se torna fazer menção aos artigos da Constituição Federal em que se encontra calcado o mandado de injunção: art. 5º, LXXI, e art. 103. Assim os explica sucintamente Gilmar Mendes:

O art. 5º, LXXI, da Constituição previu, expressamente, a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Ao lado desse instrumento, destinado, fundamentalmente, à defesa de direitos individuais contra a omissão do ente legiferante, introduziu o constituinte, no art. 103, Parágrafo 2º, um sistema de controle abstrato da omissão. Assim, reconhecida a procedência da ação, deve o órgão legislativo competente ser informado da decisão, para as providências cabíveis. Se se tratar de órgão administrativo, está obrigado a colmatar a lacuna dentro de um prazo de 30 dias. (MENDES, 2007, p. 371)

Após concluído sobre seu cabimento, convém citar que este *writ* tem por objeto o vácuo legislativo, ou melhor, fala-se da inércia do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, quando o último vem a ser responsável por projeto de lei. Aludem, respectivamente, Gilmar Mendes e Uadi Lammêgo Bulos que:

O mandado de injunção há de ter por objeto o não-cumprimento de dever constitucional de legislar que, de alguma forma, afeta direitos constitucionalmente assegurados (falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania e a cidadania). (MENDES, 2008, p. 1.209)

Daí o seu objetivo: tornar as normas constitucionais autoaplicáveis, aptas a garantir o gozo de qualquer direito privado, coletivo, difuso, individual homogêneo, político, econômico, social, etc. (BULOS, 2009, p. 597)

Haja vista que o pressuposto desse *writ* “[...] será a omissão, o comportamento negativo do Poder Público que se abstém do dever jurídico de criar condições para tornar aplicável uma norma legal autorizante” (CARVALHO, L., 2000, p. 69), o instituto funda-se em buscar a efetividade das normas constitucionais definidas como direitos subjetivos, sendo a estes objeto de realização e efetivação. Nesse sentido, ensina Luís Roberto Barroso:

Em realidade, a proposta objeto destas notas funda-se na premissa de que a efetividade das normas constitucionais definidoras de direitos subjetivos pode e deve

prescindir do mandado de injunção como instrumento de sua realização. De fato, surgindo como uma idéia importante na busca da efetividade, a verdade é que hoje o mandado de injunção, em qualquer de suas versões, tornou-se, quando não óbice, ao menos um complicador desnecessário à realização dos direitos. [...]

Todos os juízes e tribunais devem pautar sua atividade por tais pressupostos. Basta, portanto a explicitação de que toda norma definidora de direito subjetivo constitucional tem aplicação direta e imediata, cabendo ao juiz competente para a causa integrar a ordem jurídica, quando isto seja indispensável ao exercício direito. (BARROSO, 2002, p. 194)

Cabe agora mencionar a finalidade de sua criação: “Superar o grave problema da falta de efetividade das normas constitucionais, decorrente da reiterada omissão legislativa” (BRANDÃO, 2006, p. 279).

A respeito da competência do STF, leciona o ministro Celso de Mello:

Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória. (Mandado de Segurança nº 23.452/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello)

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal deixou assente que, consoante a própria natureza, o mandado de injunção destina-se a garantir direitos constitucionalmente assegurados (BRANDÃO, 2006, p. 1.211). Em outras palavras, o instituto deve assegurar o que esta insculpido em nossa Magna Carta, por meio de um Judiciário que seja guardião desta. Portanto:

O Mandado de Injunção se insere entre essas situações excepcionais: na falta do exercício do poder-deve que, obedecendo à regra geral, é atribuído ao Poder Legislativo, a ordem constitucional transfere o mesmo poder-dever a Poder Judiciário, para que ele, guardião máximo da Constituição, garanta a efetividade das normas garantidoras dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes a nacionalidade, à soberania e à cidadania. (BRANDÃO, 2006, p. 286)

Este é um instituto constitucional posto ao exercício do Poder Judiciário, “[...] a dispor dos indivíduos e das coletividades para provocar a intervenção das autoridades competentes, com vistas à defesa de um direito lesado ou ameaçado por ilegalidade ou abuso de poder” (BULOS, 2009, p. 561). A Constituição, nos artigos acima referidos, dispõe sobre os pressupostos de cabimento do instituto em estudo: “[...] a) a existência de um direito constitucional, relacionado às liberdades fundamentais, à nacionalidade, à soberania ou à cidadania; e b) a falta de norma regulamentadora que impeça ou prejudique a função deste direito” (MEIRELLES, 2003, p. 251).



A finalidade do mandado é a declaração da omissão, para a qual há dois tipos: absoluta e parcial. E deve a Corte Suprema dar ciência ao omissor para que adote as providências cabíveis. Vale aqui mencionar o que preleciona Gilmar Mendes:

Como omissão deveria ser entendida não só a chamada omissão absoluta do legislador, isto é, a total ausência de normas, como também a omissão parcial, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar. Após o Mandado de Injunção n. 107, *leading case* na matéria relativa à omissão, a Corte passou a promover alterações significativas no instituto do mandado de injunção, conferindo-lhe, por conseguinte, conformação mais ampla do que a até então admitida. (MENDES, 2008, p. 1.211)

Há algumas correntes que dispõem que as decisões judiciais proferidas pelos tribunais constitucionais formam regra geral, ou seja, normatizam o caso concreto, isto é:

Uma variante dessa corrente acentua que a decisão judicial há de conter uma regra geral, aplicável não apenas à questão submetida ao Tribunal, mas também aos demais casos semelhantes. [...]

Segundo essa concepção, o constituinte teria dotado o Tribunal, excepcionalmente, do poder de editar normas abstratas, de modo que essa atividade judicial apresentaria fortes semelhanças com atividade legislativa. Para superar as dificuldades que decorrem dessa concepção, procura-se restringi-la, afirmando-se que, se o direito subjetivo depender da organização de determinada atividade ou determinado serviço público ou, ainda, da disposição de recursos públicos, então deverá ser reconhecida a inadmissibilidade do mandado de injunção. (PASSOS, apud MENDES, 2008, p. 372)

Uma segunda corrente entende que o mandado de injunção se destina tão somente a aferir a existência de omissão que impede o exercício de um direito constitucionalmente assegurado. [...]

Segundo esse entendimento, as decisões que o Supremo Tribunal federal profere na ação de mandado de injunção e no processo de controle abstrato da omissão têm caráter obrigatório ou mandamental. (MEIRELLES, 2003, p. 141)

O que é importante fixar neste momento é a possibilidade de expedição de norma ao caso concreto, posta pela decisão exarada pela Suprema Corte. Também se assinala nesta que o mandado de injunção tem natureza obrigatória ou mandamental (BRANDÃO, 2006, p. 286).

É importante destacar, quanto a expedição de norma pela via judicial, que o remédio heróico aqui sustentado, em face da defesa do prisma axiológico da Carta de Direitos Políticos de 1988, não corre o risco de “de tornar-se letra morta, no contexto judicante, por suas restrições na hermenêutica constitucional, as quais, pouco a pouco, estão desestimulando os militantes da advocacia ao seu emprego (SOUTO MAIOR FILHO, 2001).

O mandado de injunção, juntamente com os preceitos dados pelo ativismo judicial, que, ver-se-á adiante, procuram dar soluções adequadas aos problemas apresentados na corte, confere ao juiz/tribunal a possibilidade de, em cada caso concreto,

escolher uma solução mais adequada, calcando-se em princípios e nos direitos fundamentais, para que isto possa ser realizado. Nesse diapasão vale citar Marcelo Figueiredo, para quem o juiz o passa a criar direito, rompendo, assim, com o Direito Positivo:

[...] O mandado de injunção é a única ação constitucional que autoriza o juiz romper com a tradicional aplicação rígida da lei ao caso concreto para, de acordo com o pedido e o ordenamento jurídico, construir uma solução satisfatória, de modo a concretizar o direito constitucional do impetrante. Esta nos parece ser a finalidade do mandado de injunção brasileiro e igualmente foi a finalidade do seu ancestral inglês e norte-americano. (FIGUEIREDO, 1991, p. 34)

Dessa forma, na inexistência ou omissão de norma regulamentadora, o Poder Judiciário vê-se competente para com suas decisões de “natureza mandamental e constitutiva, [...] ordenando o respeito à fruição do direito pretendido para o que deverá editar regulamentação com eficácia restrita à relação processual e, portanto, destituída de qualquer efeito *erga omnes* que possa ser invocado por outrem” (ACKEL FILHO, 1991, p. 126).

Logo, o *writ* estudado tem como escopo a sua realização por meio do ativismo judicial substancialista, pois somente dessa forma em alguns casos o Poder Judiciário poderá criar direito de forma deliberada e inteligente, já que nosso Poder Legislativo não vem cumprindo de forma adequada o que detém como função diante da separação dos poderes.

A criatividade é uma consequência perfeitamente previsível na atividade do Judiciário. Sobretudo no século XX, a expansão do Estado determinou um espaço cada vez maior para o ativismo judiciário. A questão que se impõe é se o resultado criativo no momento da produção judicial do Direito transfere ao juiz uma competência legislativa legítima, uma vez que não emanada da livre formação da vontade dos cidadãos. Ou, em outros termos, se a produção criativa judicial do Direito coloca o juiz no papel de um legislador não democrático. (MONTEIRO, 2003, p. 272)

Deve-se salientar que o Poder Judiciário é chamado a resolver ou a aplicar efetividade às normas constitucionais ante o *writ* constitucional. Assim, esse órgão passa a ter maior atuação frente ao Estado democrático de promessas, a realizar as promessas não cumpridas pelo texto magno.

## Conclusão

Percebe-se que o mandado de injunção é um instrumento de suma importância para combater a inércia/omissão legislativa. Logo, o Poder Judiciário, quando invocado por força do respectivo instituto, deverá solucionar o problema que lhe é trazido, podendo, dessa maneira, criar norma quando existente a omissão legislativa.

Nesse aspecto, o “guardião das promessas” - ou seja, o Poder Judiciário - cria o Direito que dá ao caso concreto a eficácia que o Poder Legislativo não lhe proporcionara. Passa, dessa forma, a exercer profundamente o ativismo judicial para que haja a

persecução da efetividade constitucional dentro de seus preceitos axiológicos, superando, assim, a tripartição dos poderes.

## WRIT OF INJUNCTION IN BRAZILIAN CONSTITUTIONAL LAW

ABSTRACT: It is a big scientific interest, at the present time, the growth of such an instrument, now called writ of injunction. Through the constitutions, it has strengthened through the Common Law juridical system, which seeks to accomplish the constitutional precepts indeed. Being the Judiciary Power the organ which starts to legislate, in a negative way, through their political functions, the writ of injunction is an instrument still not that used, but it is important, in the meaning that the democratic society is raised to look for the accomplishment of the constitutional precepts.

KEYWORDS: Judiciary Power. Constitution. Writ of Injunction.

### Referências

ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais: "Habeas corpus", mandado de segurança, mandado de injunção, "habeas data"*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: "Novos" direitos e acesso à justiça*. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 107*. Rel.: min. Moreira Alves. DJ, 1, de 21/9/1990.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. Mandado de injunção e hermenêutica constitucional. *Espaço Jurídico*, v. 1, n. 1. Joaçaba: Unoesc, jan./jun. 2000. p. 65-75.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição: Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1993.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: RT, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. Humanismo e produção judicial do Direito. In: MEZZAROBA, Orides (Org.). *Humanismo latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Boiteux, 2003. p. 253-275.

SOUTO MAIOR FILHO, Marcos Antônio. Mandado de injunção, letra morta ou não?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2056/mandado-de-injuncao-letra-morta-ou-nao>>. Acesso em: 23 maio 2011.