

M MANDADO DE INJUNÇÃO

Instrumento de efetividade constitucional e da cidadania¹



Marcus Vinícius de Medeiros²
Raquel Madureira³

RESUMO

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial e tem como escopo o esclarecimento sobre as características do mandado de injunção, traçando uma análise concernente ao provimento jurisdicional a ser concedido ao impetrante. "Writ" constitucional inovador, é utilizado para tornar eficiente as normas constitucionais de eficácia diferida, proporcionando ao homem o livre exercício da cidadania e tornando a Constituição um ordenamento constitucional credível e de plena aplicação. No entanto, esse tão importante remédio constitucional tem se tornado ineficaz, na medida em que é colocado a disposição de entendimentos jurisprudenciais da Corte Constitucional Brasileira, favorecendo ao descrédito, não apenas da Constituição Federal, mas das instituições estatais que deveriam ser norteadas pelo ideal de justiça e deveriam exercer suas atividades visando a satisfação social. Assim, é essencial, para que seja perseguida o pleno acesso e gozo dos direitos constitucionais, o esclarecimento, o estudo e a busca de novos meios, de acordo com os parâmetros constitucionais, de se ter o mandado de injunção como real instrumento de efetividade constitucional e da cidadania.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Mandado de injunção. Normas de eficácia diferida. Efetividade dos direitos constitucionais.

¹ Trabalho apresentado no III Congresso de Iniciação Científica da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte, sob a orientação da Profª. MSc. Lenice Silveira Moreira Raymundo.

² Acadêmico de Direito da FARN – E-mail: mvmedeiros18@oi.com.br

³ Acadêmica de Direito da FARN – E-mail: <quequelr@hotmail.com>

INJUNCTIVE RELIEF: instrument of constitutional effectiveness and citizenship

ABSTRACT

This is a jurisprudential and bibliographical research that aims to clarify about the characteristics of the injunctive relief, tracing an analysis that refers to the jurisdictional support to be granted to the petitioner. Innovating constitutional writ is used to make efficient the differing efficacy constitutional rules, providing men with the right to exercise citizenship and making the Constitution a reliable constitutional arrangement of full application. However, this so important constitutional remedy has become inefficient since it is made available for the jurisprudential understandings of the *Corte Constitucional Brasileira*, being disbelieved not only by the Federal Constitution, but by state institutions that should be guided by the ideal of justice and should exercise their activities in the search of social satisfaction. Thus, it is essential, in order to enjoy full access to constitutional rights, the clarification, the study, the search for new ways, according to constitutional parameters, to have the injunctive relief as a real instrument of constitutional effectiveness and citizenship.

Keywords: Constitutional Law. Injunctive Relief. Differing Efficacy Rules. Effectiveness of the constitutional rights.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nas constituições anteriores à atual, normas constitucionais que eram de eficácia diferida precisavam de regulamentação infraconstitucional que normatizassem seu exercício e suas peculiaridades, cabendo ao Poder Legislativo o múnus público de suprir a eficácia normativa do texto constitucional. Entretanto, não havia vinculação do Poder Legislativo na produção dessas normas regulamentadoras, ou seja, dependia apenas de um ato discricionário do Poder Público legiferante. Nesse contexto, o cidadão, detentor do direito, pessoa física ou pessoa jurídica era possuidor do direito em abstrato, que, esvaziado de sua eficácia, produzia não uma satisfação, mas sim uma frustração.

Aquele que, em tese, possuía assegurado o seu direito no texto positivo da Constituição, via-se postergado pela não efetividade do seu direito de exercício – direito subjetivo ou, como corolário, o direito de ação -, mas posto à discricionária disposição do Poder Público Legiferante, não atendendo aos anseios e interesses sociais, mas, sim, a uma política que tinha como consequência a injustiça social, ao que concerne a fruição dos direitos genéricos.

Com a Nova Constituição, promulgada em 1988, foi criado um novo Estado, fundado em princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, consagrando princípios e normas de defesa e garantias de direitos e assegurando a utilização de remédios constitucionais, que visam a proteção de direitos inerentes ao exercício da cidadania. O texto constitucional prevê os seguintes remédios: Mandado de Segurança, Mandado de injunção, *habeas data* e *habeas corpus*.

Dentre os instrumentos de garantia de direitos supramencionados, o legislador constituinte introduziu um que até então não era conhecido pelo direito brasileiro. De origem estrangeira, o Mandado de injunção foi importado e lhe dado um novo conteúdo, aplicado ao direito brasileiro. “Writ” constitucional por excelência, o Mandado de injunção tem função diferenciada do “writ” de sua origem. É dotado de eficácia mandamental ao determinar ao Poder Público a regulamentação de normas constitucionais não auto-aplicáveis, conferindo ao cidadão a devida fruição de seu direito.

2 ORIGEM ESTRANGEIRA E USO DIFERENCIADO NO BRASIL

O mandado de injunção é uma novidade trazida pela Constituição de 1988, referindo-se não só ao seu surgimento, mas também ao fato de a sua utilização não ser tão difundida quanto se gostaria, razão pela qual se pode afirmar tratar-se de instituto novo.

Sobre a origem do mandado de injunção, surgiram basicamente três entendimentos doutrinários:

A primeira corrente afirma que o mandado de injunção foi incluído no ordenamento constitucional pela recepção do direito anglo-americano; concordam com essa tese: José Afonso da Silva, Galeno de Lacerda, Hélio Tornaghi, entre outros... Apóia-se na idéia de que o mandado de injunção guarda semelhança com o *writ of injunction* adotado nos sistemas da *common law* e da

equity, ambos utilizados no direito anglo-saxônico. Um de seus principais argumentos é o de que o constituinte originário brasileiro transplantou para o direito interno um instituto baseado na equidade do direito. Como prova, temos a Magna Carta, que possui uma tendência em conferir maiores poderes ao judiciário, tal como ocorre no direito anglo-americano. Assim como no *writ of injunction*, está também presente a equidade no mandado de injunção, tendo em vista ser permitido ao julgador a utilização de um juízo especial, que ordinariamente não estava afeto, sendo este o da edição da norma regulamentar que torna eficaz dispositivo constitucional, função a princípio atribuída ao Poder Legislativo.

A segunda assevera que é criação ou singularidade do direito brasileiro. Concordam com essa tese Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins, José Cretella Junior e Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Esses autores afirmam que nada tem o mandado de injunção de semelhante com o "writ", exceto o termo injunção. De fato, o *writ of injunction* consiste num "comando judicial pelo qual se determina a alguém que se abstenha de fazer certa coisa, ou de continuar a exercer certa atividade, porque isto produziria dano irreparável". Portanto, podemos notar a diferença entre uma ordem de não fazer e uma ação destinada a suprir lacuna normativa.

A terceira e última ensina que é resultado da influência do direito português. Defendendo posição contrária às supra salientadas estão: Adhemar Ferreira Maciel e J.J. Calmon de Passos. Afirmam ser o mandado de injunção oriundo da chamada fiscalização de inconstitucionalidade e de legalidade, prevista nos artigos 281º e 283º da carta constitucional de Portugal. Baseia sua afirmativa nas "sugestões" apresentadas às Subcomissões Temáticas, por alguns Constituintes ao introduzirem o mandado de injunção no âmbito das discussões da Assembléia Nacional Constituinte.

Apesar das várias correntes acerca da origem do mandado de injunção, acha-se mais provável tratar-se de verdadeira singularidade do direito brasileiro. É indiscutível que o mandado de injunção possui similitudes com os remédios constitucionais alienígenas analisados, principalmente com o *writ* correspondente. No entanto, não se pode afirmar que houve recepção de um ou uma amalgamação dos diversos *writs* correspondentes, pela tão clara percepção de que o mandado de injunção possui diferenças abissais dos alienígenas.

No Brasil, o mandado de injunção é utilizado por aquele que está obstado do exercício do direito, por causa da falta de uma norma que regulamente o direito de matriz constitucional. Assim, o impetrante do referido remédio constitucional incomoda o judiciário inerte para que este conceda um provimento jurisdicional adequado, visando à satisfação não apenas do impetrante, mas de todo aquele que esteja ou que possa vir a estar impedido de exercer seu direito, visto que a determinação judicial terá como consequência a confecção legislativa da norma regulamentadora antes inexistente. Desse modo, como será visto mais adiante, o judiciário terá a incumbência de tornar pleno o exercício do direito não auto-aplicável.

3 COMPETÊNCIA DE JULGAMENTO

A Constituição Federal de 1988 define no art. 102, I, *q*, que compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar o mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for de atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal. No entanto, não cabe somente ao STF julgar mandado de injunção, segundo o art. 105, I, *h*, da CF, o Superior Tribunal de Justiça possui competência originária para processar e julgar o referido mandado quando a elaboração de norma regulamentadora for atribuída a órgão, entidade, ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal. Cabendo ao STF julgar recurso de mandado de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, segundo o art. 102, II, *a*, da CF (BRASIL, 2005).

A Nova Carta Constitucional também prevê, no art. 121, §4º, V, a competência do Tribunal Superior Eleitoral para julgar, em grau de recurso, o mandado de injunção que tiver sido denegado pelo Tribunal Regional Eleitoral.

Além disso, a lei, respeitando-se a competência definida constitucionalmente, poderá dispor da competência remanescente para outros casos de mandado de injunção.

4 ASPECTOS PROCESSUAIS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

4.1 LEGITIMIDADE

Qualquer cidadão, brasileiros ou estrangeiros residentes no Brasil, representados por advogado, pode impetrar o mandado de injunção, reconhecendo também a legitimidade para as classes devidamente constituídas, sendo, portanto, possível o mandado de injunção coletivo.

Tratando-se de legitimidade passiva, a grande polêmica surge em quem deverá satisfazer o direito cujo exercício se encontra obstado, observaremos as correntes a ser discutidas:

- Órgão, autoridade ou entidade responsável pela elaboração da norma regulamentadora e, em litisconsórcio necessário, também a parte que irá suportar o ônus da decisão;
- Apenas a parte a quem caberá a implementação do direito, disciplinado na decisão judicial;
- Apenas o órgão, entidade ou autoridade responsável pela elaboração da norma regulamentadora.

Afirma Moraes (2003, p. 182), defendendo o terceiro entendimento: "Somente pessoas estatais podem figurar no pólo passivo da relação processual instaurada com a impetração do mandado de injunção".

Defendendo a segunda, o Supremo Tribunal Federal confirma que apenas as autoridades ou órgão têm o dever de regulamentar a norma constitucional, visto que, apenas e somente a ele é imputável o dever jurídico de elaborar os provimentos normativos.

Desta forma, cabe observarmos que não se pode falar em litisconsórcio passivo entre particulares e aqueles que deverão suportar o ônus da decisão.

Compartilhando da tese defendida por Anastácio (2003) e o Ministro Carlos Velloso, vimos o primeiro entendimento como o mais coerente com o estudo sobre o mandado de injunção, pois tem como objetivo suprir a ausência da norma para a solução do caso concreto, vinculando tão somente as partes do processo.

4.2 PRESSUPOSTOS

Os pressupostos característicos do remédio constitucional em estudo, na visão de Anastácio (2003), são: (a) a falta de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa reclamada e (b) ser o impetrante beneficiário direto do direito, liberdade ou prerrogativa que postula em juízo.

Moraes (2003) abraça o requisito da (a) falta de norma regulamentadora de uma previsão constitucional e (b) da inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Silva (1998) compartilha dos pressupostos defendidos como essenciais para Anastácio (2003), e comenta o interesse de agir, declarado como pressuposto segundo algumas doutrinas, que significa apenas a consequência da titularidade do bem reclamado, tendo a sentença, portanto, direta utilidade para o demandante.

É notório que a falta de norma regulamentadora é unânime como pressupostos para impetrar o mandado de injunção, porém, o que se entende por norma regulamentadora?

Ensina Barroso (1993, p. 178): "é aquela de qualquer grau hierárquico, podendo apresentar natureza de lei complementar, ordinária, regulamento, resolução, portaria, decisões administrativas normativas, desde que sua ausência inviabilize um direito constitucional".

Diante deste ensinamento, cabe lembrar que não é apenas a ausência de uma norma regulamentadora qualquer que se transforma em garantia e pressuposto, mas sim norma necessária, importante e indispensável para a fruição dos direitos estabelecidos na norma de eficácia diferida.

Quanto ao segundo pressuposto, defendido por Moraes (2003), a inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, já está garantido no momento em que existe o primeiro pressuposto acima citado, a falta da norma regulamentadora, pois no

momento em que há ausência de uma norma regulamentadora do direito, está concomitantemente inviabilizado o exercício do direito exalado pela norma de eficácia diferida.

Seguimos a posição defendida por Anastácio (2003) e Silva (1998), pois, como já apresentamos anteriormente, são pressupostos a falta de norma regulamentadora e o interesse direto do impetrante, ou seja, que da norma exsurge o direito subjetivo, pois se não o for, estaríamos em confronto com o art. 6º do CPC: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.” (BRASIL, 2005, p. 195). Desse modo é imprescindível para o cabimento do mandado de injunção a existência de tais requisitos.

A falta de qualquer dos pressupostos supracitados, torna-se inadmissível o mandado de injunção, por tratar-se de ausência da condição *sine qua non* para o legítimo exercício do direito de ação.

4.3 FINALIDADE

O Mandado de injunção surgiu na Constituição de 1988 como um novo instrumento processual capaz de assegurar a defesa ampla de direitos, inspirado no *writ of injunctio*, que tem por principal intuito o suprimento da eficácia normativa.

Assevera o constitucionalista Silva (1998, p. 450) sobre a finalidade do mandado de injunção: “O mandado de injunção tem, portanto, por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício”.

Sidou (1998), por sua vez, afirmava que a falta da norma regulamentadora e, por conseguinte, impossibilidade do exercício do direito de matriz constitucional é o que arma o indivíduo, detentor do direito, com uma garantia contra quem devia fazer e não fez.

Anastácio (2003, p. 57) afirma sobre a finalidade:

O conteúdo útil do mandado de injunção, assim, depende do embate político-jurídico, pois se trata de direito constitucional autônomo, e não de uma simples garantia processual. Através dele, substitui-se por decisão judicial uma atividade normativa-reguladora do Poder omissivo (Legislativo ou Executivo).

Entendemos que a principal finalidade do mandado de injunção é a efetividade do direito, não apenas uma garantia de direito, mas algo substanciado, pois o impetrante age na busca direta do direito constitucional em seu favor, independentemente de regulamentação. É necessário que todos aqueles que se tornam participantes e são essenciais neste processo entendam a verdadeira finalidade do instituto ao impetrante, que é ter o seu direito exercível e concretizado, sendo necessário acabar com a morosidade e a síndrome da inefetividade.

4.4 ALCANCE

Tratando-se do alcance, Silva apud Anastácio (2003, p. 49), afirma:

Em conseqüência, afigura-se fora de dúvida que a melhor inteligência do dispositivo constitucional (art.5º, LXXI) e de seu real alcance está em ver no mandado de injunção um instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficiente ou adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional, qual seja: que o judiciário supra a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo.

No magistério de Ackel Filho (1991, p. 119):

Enfatize-se que, quando a Carta menciona o cabimento do mandado de injunção ante a falta da norma regulamentadora, inviabilizando o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania do povo e cidadania, na verdade referiu-se a todos os direitos básicos previstos diretamente na Lei Maior.

Comparando com o direito americano, Ackel Filho (1991, p. 119) assevera:

Entre nós, a injunção não terá certamente a amplitude que tem no direito americano. É que lá, como referido, o uso é mais genérico. Aqui, o remédio ficou restrito tão só aos casos em que não existe regulamentação de direitos previstos na Constituição. Ressalta-se que, contudo, a expressão "direitos constitucionais" é bem ampla, sendo inviável cogitar de direito que não tenha raiz constitucional.

O que se observa diante dos ensinamentos dos mestres supracitados e temos como lição, é que o mandado de injunção possui grande amplitude, pois trata-se do pleno exercício de direitos e democracia, devendo estender a proteção aos direitos individuais, coletivos e sociais, todos os direitos que possam ser invocados em caso concreto.

No MI 283 (Rel.Min.Pertence) o STF resgatou as reais finalidades e alcance do instituto. A impetração tinha por base o disposto no § 3º do art. 8º do ADCT, que concedia reparação econômica, "na forma que dispuser a lei..., a entrar em vigor no prazo de 12 meses" (Supremo Tribunal Federal, 1991), aos cidadãos impedidos de exercer suas atividades profissionais na vida civil, por força de atos arbitrários do Min.da Aeronáutica, no período ditatorial. Não editada a lei, o STF decidiu que

vencido o prazo [...] legitimado (está) o beneficiário da reparação mandada conceder, a impetrar M.de Injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional, de exercício obstado pela omissão legislativa... Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado é a entidade estatal á qual igualmente se deva imputar a mora legislativa [...], é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito.

Premissas de que resultam, na espécie, o deferimento do MI para: a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º[...], *comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República*; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1991)

Esta decisão observa a amplitude e constituiu um avanço no sentido de que fixou um prazo, o qual não estava previsto na Constituição para Mandado de injunção, e permitiu que o impetrante pudesse usufruir, no futuro, possíveis benefícios advindos de lei posterior à coisa julgada.

4.5 AUTO-APLICABILIDADE

Segundo entendimento do STF, através do Relator Ministro Moreira no MI-107, a auto-aplicabilidade do mandado de injunção foi entendida por unanimidade, visto que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, de acordo com o art. 5º, parágrafo primeiro da CF, que determina: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 2005, p. 641).

4.6 PROCEDIMENTO

Enquanto não for editada legislação específica, de acordo com o parágrafo primeiro do art. 24 da Lei nº. 8.038/90, obedece-se às normas do mandado de segurança.

5 DIFERENCIAÇÃO DA ADIN POR OMISSÃO X MANDADO DE INJUNÇÃO

Ambas têm por intuito combater à síndrome de inefetividade das normas constitucionais tanto o mandado de injunção como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão têm cabimento quando o Poder Público é omissor, e ambos são instrumentos constitucionais que se prestam à preencher normas constitucionais lacunosas, portanto, ineficazes. Acontece que por meio do mandado de injunção o que se busca é finalmente o pronunciamento de um órgão julgador a respeito de um caso concreto em que a omissão da lei causa prejuízo a um indivíduo. Assim, o mandado de injunção é uma resposta para um caso concreto.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é igualmente uma ação constitucional de caráter civil, sendo que para tornar efetiva a norma constitucional é dada ciência ao poder competente para a adoção das medidas necessárias. Para órgãos administrativos existe o prazo de 30 dias para adoção destas providências. Ocorre que, em busca da eficácia plena das normas, esta ação de inconstitucionalidade é de caráter mais geral que o mandado de injunção. Ela não trata de caso específico em que há prejuízo de um indivíduo e inclusive não pode ser impetrada por um cidadão comum como permite o remédio injuncional. Então, qualquer pessoa que busque suprir a omissão legislativa poderá ser o autor do mandado de injunção. Já o sujeito passivo será a pessoa jurídica estatal que tem a obrigação de legislar no caso. Conseqüentemente, a ação poderá ser ajuizada em face do Congresso Nacional, se a iniciativa for de sua competência, por exemplo.

A definição de qual órgão estatal será o sujeito passivo do mandado de injunção importará na definição de que órgão jurisdicional será o competente para julgar tal remédio. Por essa razão é que ele poderá ser interposto tanto no Supremo Tribunal Federal, quanto no Superior Tribunal de Justiça, ou, ainda, no Tribunal Regional Federal, sempre dependendo de quem tem a competência para legislar sobre a matéria em discussão.

O mandado de injunção não tem cabimento diante de toda e qualquer omissão do poder público. Somente podem ser objeto deste remédio as normas constitucionais de eficácia limitada face à necessidade de norma ulterior que garanta sua aplicabilidade. As lacunas sempre existirão em qualquer estrutura normativa, exatamente porque não pode, nem deve, uma lei prever todas as situações jurídicas possíveis, outras leis e atos normativos irão surgir com a finalidade própria de serem mais minudentes que e lei ou a Constituição Federal. Ocorre que, a omissão, que é prejudicial, porque impede a aplicabilidade da lei, deve ser combatida por meio dos institutos processuais existentes, inclusive o instrumento aqui estudado, para que a inércia do legislador não seja motivo para o surgimento de mais e maiores injustiças.

6 DO PROVIMENTO JURISDICIONAL

Durante mais de dez anos de acirradas discussões pela doutrina a respeito de tantas pendências, as quais a generalidade do texto constitucional que prevê o mandado de injunção as justificam, perpetuam vários questionamentos e discussões que versam sobre assuntos de fundamental importância desse instituto.

Ao introduzir o mandado de injunção no ordenamento constitucional brasileiro, o constituinte de 1988 não cuidou de pormenorizar um instituto que nunca havia sido previsto por ordens constitucionais anteriores.

Remédio completamente novo possuía diferenças marcantes dos outros *writs* constitucionais alienígenas, o que impedia uma possível hermenêutica que comparasse os institutos e suprisse os conflitos doutrinários criados pela falta de detalhamento do mandado de injunção no texto constitucional. Ocorre que, por isso, a previsão do inciso LXXI, artigo 5º da Constituição Federal tem sido alvo de diversas especulações. Uma das acirradas discussões doutrinárias é a respeito da espécie de provimento jurisdicional que deve ser dado ao mandado de injunção.

Várias são as teorias a respeito da espécie de provimento jurisdicional concedido ao mandado de injunção. Pelo menos cinco correntes doutrinárias tentam explicar e conferir ao instituto maior eficácia segundo as limitações impostas pelo texto da Lei Fundamental.

O professor Pacheco apud Anastácio (2003, p. 61), cita tais doutrinas que tratam a respeito do provimento jurisdicional do mandado de injunção, mesmo alegando que a segunda e a terceira são inócuas e não satisfazem os fins da medida constitucional, todas poderiam ser aceitas, embora as que melhor se encaixariam teleologicamente seriam a quarta e a quinta. Iremos analisar detalhadamente cada uma delas.

A primeira **“considera que a ação mandamental de injunção e a respectiva sentença favorável visariam criar a norma legal omissa, substituindo, desse modo a atividade do órgão competente para fazê-lo;”** (PACHECO apud ANASTÁCIO, 2003, p.61, grifo nosso)

A primeira corrente doutrinária assevera que o Poder Judiciário ao dar provimento jurisdicional ao mandado de injunção detém a responsabilidade de confeccionar a norma infraconstitucional. Justificando que, se o poder legiferante competente não confeccionou a norma faltante no prazo constitucional, esse vício de omissão ensejará precedente de desvio de competência constitucional, concedendo ao Poder Judiciário o ônus legiferante.

O Poder Judiciário exerce, por excelência, pois é sua função típica, a jurisdição, consistente na imposição da validade do ordenamento jurídico. Também cumpre com outras funções, consideradas atípicas, quais sejam, a legislativa e a administrativa. A primeira é desenvolvida na edição dos regimentos internos, como previsto no art. 96, I, a, CF; a segunda é exercida, quando, por exemplo, são concedidas férias aos serventuários, e como também na organização das secretarias, previstas no art. 96, I, CF.

Depreende-se disso que a única competência legiferante concedida ao Poder Judiciário está constitucionalmente limitada na confecção dos regimentos internos. Em nenhuma outra ocasião o judiciário poderá exercer a função atípica de legislar,

pois não atende os requisitos democráticos que o ensejem, uma vez que não possui representatividade popular. Não há de se admitir a ingerência de um poder em outro, ferindo diretamente o princípio da tripartição dos poderes. Além disso, não se pode aceitar que um vício fundamente ou abra precedente para a existência de outros vícios, pois a ordem constitucional não se justifica e não está fundada em equívocos. Assim sendo, não há de se aceitar uma aplicação desse entendimento.

A segunda **“enfoca a ação e a sentença como tendo em vista obter a ordem ou mandamento ao órgão competente para baixar a norma, inclusive ao legislativo, a fim de que elabore e baixe o ato regulamentador;”** (PACHECO apud ANASTÁCIO, 2003, p. 61, grifo nosso).

Tem-se consagrado o entendimento da segunda corrente doutrinária pela maioria dos ministros do STF.

Ocorre que, ao ser proferida a decisão do mandado de injunção, o órgão judicante expede uma comunicação ao órgão legiferante constitucionalmente competente para que, este, baixe a norma infraconstitucional que irá viabilizar a norma de matriz constitucional.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal está consagrado nos MI 284/DF e MI 283/DF. Nos quais foi consubstanciado não somente o aviso a ser expedido a autoridade competente, mas também a fixação de prazo para que este elabore e baixe a norma faltante. Isto, para que não seja esvaziada a eficácia do mandado de injunção, possibilitando ao impetrante, se não houver a confecção normativa no prazo determinado, o direito de ter reconhecido o direito de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem.

Assim descrito no Ementário no 1642-1 do mandado de injunção MI 283-5/DF, que tratava sobre o direito constitucional do art. 8o, §3o, ADCT:

4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para:
 - a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8o,§3o, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República;
 - b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada;
 - c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem;
 - d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1991)

Os ministros do STF, que defendem este entendimento, ao julgarem o MI 284-3, alegam que o mandado de injunção

não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhes são constitucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão do poder. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1991)

Ocorre que, a não vinculação da sentença do mandado de injunção, justificado pela alegada impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário no Poder Legislativo, muitas vezes, tem provocado um gradativo esvaziamento do *writ* analisado. Pode-se observar claramente, através da análise dos acórdãos do STF, que existem reiterados avisos expedidos ao mesmo órgão competente para editar a mesma norma faltante, o que denota a falta de eficácia do instrumento constitucional, muitas vezes, deixando ser postergado o direito do impetrante.

Ora, as normas constitucionais foram criadas para serem aplicadas, principalmente os direitos constitucionais subjetivos. Mesmo sendo de eficácia limitada, tais normas foram editadas para que o legislador competente elaborasse normas que especificassem a sua aplicação. Portanto, o constituinte objetivou sua aplicação, e se porventura não fossem aplicadas, o titular do direito constitucional poderia conseguí-la através do mandado de injunção. No entanto, estamos vivenciando, por mais de dez anos, uma realidade contrária ao ideal estampado na Constituição Federal. Tal realidade foi criada e é perpetuada, graças ao entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, quanto ao provimento jurisdicional, o qual tem deixado o direito e seu titular dependentes da discricionariedade do poder legiferante competente.

Existem vários casos que comprovam a ineficácia do provimento jurisdicional do mandado de injunção, quando aplicado segundo o entendimento da Suprema Corte. O que se observa nos mandados de injunção que foram impetrados visando à regulamentação da taxa de juros reais no valor de 12% ao ano, prevista no art. 192, §3º, CF, norma que permaneceu inativa até a sua revogação pela emenda constitucional nº. 40 de 5 de maio de 2003, embora tenha sido alvo de muitos mandados de injunção (MI 611-3/SP, MI 361-1/RJ, etc.), o Estado preferiu expurgá-lo do ordenamento constitucional a torná-lo exercível. Outro exemplo disso é a norma no art. 8º, §3º, ADCT, a qual o STF acordou nos MI 283-5/DF, MI 562-9/RS, etc., foram expedidas várias comunicações ao órgão competente, qual seja, o Congresso Nacional, mas a norma permaneceu ineficaz.

O que se conclui do presente entendimento do Supremo Tribunal Federal, quanto ao provimento jurisdicional aplicado ao mandado de injunção, é a sua utilização como meio para que se viabilize a ineficácia das normas constitucionais

de eficácia diferida, tornando a tão aclamada Constituição Cidadã em documento de eficácia relativa, no sentido de que a eficácia é segundo a pretensão de tribunais como o STF, o qual é composto por ministros que, em sua maioria, foram nomeados em um regime em que não existia a democratização do Estado e era suprimido o exercício dos direitos fundamentais do homem e do cidadão. Não há como comungar com este entendimento.

A terceira teoria **“focaliza o mandado de injunção como propiciatório de sentença declaratória da omissão ou condenatória de obrigação de fazer, sujeita à execução comum;”** (PACHECO apud ANASTÁCIO, 2003, p. 61, grifo nosso).

De natureza condenatória, o provimento dado ao mandado de injunção pela terceira corrente doutrinária tem o escopo de compelir o órgão legiferante competente para que este edite a norma faltante.

É de clara percepção que fere a previsão do art. 2º, CF, quando este consagra que os poderes Legislativo, Judiciário e Executivo devem ser harmônicos entre si.

Hoje, sabe-se que a teoria da tripartição dos poderes, formulada por Montesquieu, está defasada, pois se percebe que a interdependência dos poderes é, na verdade, mais eficaz que a independência, em promover a harmonia entre os Poderes Estatais. Tal interdependência está consubstanciada em um sistema de mútua interferência limitada, no sentido de que os poderes devem exercer entre si o controle recíproco de funções. Nesse sentido, Moraes (2003, p. 373) informa:

Em conclusão, o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (checks and balances).

Entretanto, o que se vê, se for aplicado tal entendimento doutrinário, resultaria em profundo desrespeito à autonomia de cada poder, pois a ingerência que ocorreria ao imputar uma ordem de um ao outro, tornando aquele maior que este, figuraria uma perceptível anomalia de função entre os poderes constitucionalmente definidos.

Assim, é imaginável que se conceba tal entendimento.

A quarta

vê o mandado de injunção como instrumento para obter do juiz a decisão no sentido de, atendendo o pedido, proteger o Direito reclamado, levando em conta os fins sociais, as exigências do bem comum e os princípios constitucionais e gerais de Direito; (PACHECO apud ANASTÁCIO, 2003, p. 61, grifo nosso).

A quarta doutrina, apontada pelo Professor Silva Pacheco, informa que o mandado de injunção objetiva a proteção do direito reclamado, o qual será concedido pelo magistrado somente no caso concreto, isto é, sem efeito *erga omnes*.

Esse entendimento é defendido pela corrente minoritária dos ministros do Supremo Tribunal Federal, representados pelo ministro Marco Aurélio.

Com a Nova Carta Constitucional de 1988, chamada de Constituição Cidadã, conheceu-se uma ordem normativa mais justa e igualitária, em que foram resguardados os direitos fundamentais do homem e do cidadão. Desse novo sistema jurídico podemos inferir que os direitos constitucionais, mais do que em qualquer outra constituição brasileira, são garantia de que os direitos nela contidos são exercitáveis para todos os cidadãos. Nesse sentido, e entendendo o mandado de injunção em uma perspectiva mais democrática e igualitária, não há de se conceber que os direitos contidos nas normas de eficácia diferida, somente são exercitáveis àqueles impetrantes do mandado de injunção, pois os direitos constitucionais não se limitam na sua aplicação, se assim o fosse, a Constituição não haveria consagrado o Princípio da Isonomia. Sendo assim, do provimento jurisdicional do mandado de injunção deve decorrer o efeito *erga omnes*. Portanto, não cabe ao magistrado o papel de legislar normas de aplicação generalizada (explicitado no tópico anterior).

Persegue-se um provimento que preze pelo Princípio da Igualdade material na aplicação das normas constitucionais de eficácia diferida.

Finalmente,

a quinta hipótese combina a segunda e a quarta, que não se repelem entre si, ensejando que o órgão competente, que não se resume no Legislativo, baixe a norma em certo prazo, ciente de que não o fizer, o juiz julgará o caso concreto submetido à apreciação.
(PACHECO apud ANASTÁCIO, 2003, p. 61, grifo nosso)

Na quinta e última teoria a ser analisada, supre os equívocos das demais teorias ao reunir a segunda e quarta correntes doutrinárias.

Como foi explicitado, o órgão julgador ao conceder provimento ao mandado de injunção, expedirá um aviso ao órgão legiferante competente para que este edite a norma faltante de eficácia geral, isto é, com efeito *erga omnes*. Tendo sido feito a comunicação, o mandado de injunção poderá alcançar seu objeto, atendendo ao princípio da igualdade, pois não somente o impetrante irá desfrutar do direito, que até então estava adormecido, mas sim todos os cidadãos terão pleno acesso ao gozo do direito que agora emana da norma faltante.

No entanto, se na hipótese do órgão competente para confecção da norma não o fizer, é inaceitável que, pelo menos, o impetrante não desfrute do seu direito, impedido pela falta da norma infraconstitucional, pois este realmente carece do gozo do direito constitucional adormecido. Assim, o órgão judicante resolverá o caso concreto, estabelecendo as especificidades normativas somente para o caso concreto, concedendo ao impetrante o pleno desfrute do direito constitucional.

Ao contrário da primeira doutrina exposta, não fere o princípio da separação e independência dos poderes, pois além de ter sido oportunizado ao Poder Legislativo competente a produção da norma faltante, o Poder Judiciário não produzirá norma geral e abstrata para regular além do caso concreto, mas sim resolverá o caso concreto,

especificando como aquele direito constitucional adormecido será aplicado à realidade do impetrante.

Na Corte Suprema, esta teoria encontra guarita no entendimento do ministro Néri da Silveira ao asseverar que:

Por último, registro minha posição, que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1990)

Mais adiante, segue afirmando:

Adoto posição que considero intermediária. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito *in concreto*. É, por isso mesmo, uma posição que me parece concília a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1990)

Analisando as correntes doutrinárias a cerca da decisão e efeitos do mandado de injunção, Moraes (2003, p. 187) filia-se ao entendimento do Ministro Néri da Silveira, aduzindo:

Em conclusão, filiamo-nos à posição *concretista individual intermediária*, criada pelo Ministro Néri da Silveira, parecendo-nos com a devida *venia*, que a idéia do Poder Judiciário, após julgar procedente o mandado de injunção estabelecer um prazo para que a Constituição Federal seja regulamentada, antes de efetivamente colmatá-la, adequa-se perfeitamente à idéia de Separação de Poderes. (Grifo do autor).

Assim, entendemos que esta corrente doutrinária é a que mais se adequa ao parâmetro constitucional e mais se aproxima do Ideal de Justiça.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hoje, vive-se em uma nação que está sob a égide de uma Constituição Federal chamada de Constituição Cidadã, pois preza pelos direitos e garantias do indivíduo, assegurando a cidadania não somente através do sufrágio universal, mas pela certeza do exercício de direitos e garantias constitucionais.

Para que haja a plena fruição dos direitos e garantias constitucionais, o ordenamento constitucional dispôs instrumentos, que estão ao alcance do cidadão, para que fossem utilizados quando se vislumbrassem alguma irregularidade jurídica. Mesmo sendo pouco conhecido pelos cidadãos, de um modo geral, o mandado de injunção desempenha um papel fundamental concernente à eficácia das normas constitucionais. Graças ao mandado de injunção, os direitos albergados na Carta Constitucional, pelo menos não freqüentemente, não são destituídos de eficácia por interesses essencialmente políticos, que norteiam o Poder Legislativo e alguns dos tribunais brasileiros.

No entanto, as interpretações da Corte Constitucional têm gerado ineficácia do remédio constitucional ora estudado. Através de entendimentos de tribunais como o Supremo Tribunal Federal, temos vivido uma realidade de verdadeiro esvaziamento dos direitos constitucionais, sendo preferível a revogação de direitos a sua devida efetivação por meio de regulamentações. Traduzindo uma gradativa perda de eficácia do mandado de injunção.

O que infelizmente se percebe é que a nossa "Constituição Cidadã" muitas vezes não tem passado de uma folha de papel permeada de formalidade, que na prática não possui a aplicabilidade que deveria ter. Esse fato reflete em uma grave crise institucional instalada ao longo desses anos de vigência da Nova Constituição Federal, gerando um descrédito geral das instituições estatais, além disso, a acomodação de um sentimento de insatisfação e, muitas vezes, de desprezo daqueles que buscam a tutela de seus direitos.

Na verdade, almejamos com esta pesquisa ter encontrado um meio pelo qual podemos tornar pleno o exercício dos direitos presentes na Lei Maior, em que remédios constitucionais como o mandado de injunção, se precisarem ser usados, desfrutariam de completa eficácia e de fácil acesso ao cidadão, procurando sempre uma ordem normativa mais justa e uma ordem jurisdicional mais coerente com a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

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

ANASTÁCIO, Rachel Bruno. **Mandado de Injunção: em busca da efetividade da constituição.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRASIL. **Oito em um acadêmico**: Código Civil, Código de Processo Civil, Código Penal, Código de Processo Penal, Código Tributário, Consolidação das Leis do Trabalho, Código de Defesa do Consumidor, Constituição Federal, índices alfabéticos remissivos e legislação complementar. Organizador José Carlos de Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 17. ed. atual. Por Arnold Wald. São Paulo: Malheiros, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed.. São Paulo: Atlas, 2003.

SANTOS, Ulderico Pires dos. **Mandado de injunção**: estudos e considerações. São Paulo: Paumape, 1988.

SIDOU, J. M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular**: as garantias ativas dos direitos coletivos. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção n.º 107**. [Brasília: Supremo Tribunal Federal], 1991. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?>>. Acesso em: 23 maio 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção n.º 283**. [Brasília: Supremo Tribunal Federal], 1991. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?>>. Acesso em: 23 maio 2006.