

A EFICÁCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA ATUAL CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Lara Cíntia de Oliveira Santos

Resumo: Mandado de Injunção é um instrumento remédio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão, que se presta a suprir uma ação negativa de uma autoridade que deixou de regulamentar uma norma infraconstitucional a que estava obrigado e que se tratava de questões referentes aos direitos e liberdades constitucionais e às prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania ou cidadania, autorizando, assim, que o Poder Judiciário analise o ponto, manifestando-se em relação a esse direito, visando suprir o dever que era do legislador.



INTRODUÇÃO

A origem do Mandado de injunção vem do Direito inglês, tendo passado, em seguida, ao Direito norte-americano, sendo que a etimologia advém de "*injunction*", que significa uma ordem proibindo a parte de agir de um determinado modo, ou requerendo uma ação específica de outra parte.

A injunção permite ao tribunal cortar lesões em relação a uma pessoa ou grupo de pessoas, até que o problema possa de outra forma ser resolvido, ou ainda a injunção pode evitar lesões definitivamente.

A inexecução no cumprimento de uma ordem de injunção acarreta revelia. Uma vez distribuída, a injunção pode

ser anulada ou cassada. É certo que a injunção mais se assemelha ao nosso mandado de segurança, tendo suas características gerais. Contudo, o Poder Judiciário, por meio da injunção, deverá julgar por meio da equidade.

Trata-se, o mandado de injunção, de uma ação constitucional que autoriza o juiz a romper com a tradicional aplicação rígida de 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.

Para José Afonso da Silva, o mandado de injunção "*Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição*¹."

Numa análise literal desse disposto, é possível concluir que o Poder Judiciário concederá ordem de injunção, toda vez que, em razão da falta de norma jurídica, direito ou liberdade constitucional não possa ser fruído, exercido ou aproveitado pelo impetrante. O pressuposto do mandado de injunção é, pois, a falta de regulamentação. De se concluir, ainda, que a falta de referida norma regulamentadora torne inviável ou obstaculize o exercício do direito.

A ausência de tal norma regulamentadora pode partir de qualquer pessoa política, quer seja a União, os Estados ou os Municípios. O Texto Magno nada diz a respeito de quem possui legitimidade para o mandado de injunção, o que nos leva a crer que qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, pública ou privada, tem o direito a impetrar referido mandado.

O Professor J. M. Othon Sidou² entende que o mandado

¹ SILVA, José Afonso da – Curso de direito constitucional positivo, Ed. Malheiros, 11ª edição, 1996.

² SIDOU, J. M. Othon – "Habeas corpus", mandado de segurança, mandado de injunção, "Habeas data", ação popular, Ed. Forense, 5ª edição, 1998.

de injunção não é um direito, e sim, uma garantia de direitos. Tratando-se, o mandado de injunção, de uma ação constitucional, é ele, sem sobra de dúvidas, uma das garantias constitucionais postas à disposição de todos aqueles que têm o direito de usufruir dos direitos constitucionais.

De fato, o controle da constitucionalidade surgiu com a necessidade de garantir as conquistas liberais da Revolução Francesa em relação aos direitos individuais, com sua inclusão no texto constitucional, sendo a Constituição de 1791 o "*pórtico do constitucionalismo moderno*."

Sieyès³, o "*teórico da revolução*", o "*oráculo da ciência política*", tentou concretizar essa idéia, propondo a criação de um órgão especial, denominado: a *jurie constitutionnaire*, composta por membros indicados pela Assembléia. A ideia, embora repelida pelos constituintes em razão de ter sido considerada perigosa - significava, segundo Thinbaudeau "*um poder monstruoso*", e foi consagrada com outro modelo, formando-se o *Sénat Conservateur*.

O Senado Conservador teve sua natureza desfigurada, servindo mais aos interesses de Napoleão, culminando com a instituição do Consulado Vitalício e do Império. De fato, a essa ideia primeira de controle, sucedeu, no plano histórico, o controle jurisdicional americano, que ao contrário do francês, surgiu depois de vigente a Constituição, portanto, nela mesmo referenciado, embora não explícito.

Em 1920, a Constituição Austríaca criou um modelo de controle, sob inspiração de Kelsen que considerava a Constituição como referência obrigatória da atividade legislativa ordinária, configurando o vértice da pirâmide jurídica.

Para Kelsen, o fato de uma lei contrariar a Constituição não se deve deduzir que ela seja nula ou inexistente. O modelo

³CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Constituição dirigente e vinculação do legislador, Coimbra Editora, 1982.

austriaco, baseado na concepção de ser o controle uma questão de lógica política, determinava que somente um órgão com competência especializada e concentrada e composição adequada, poderia exercê-lo.

Criou-se, então o Tribunal Constitucional, cuja fiscalização era, abstrata e principal, isto é, independia de conflito em caso concreto, realizando-se por meio de ação própria, direta ou por recurso de constitucionalidade num caso concreto.

Com o escopo de garantir a Constituição, como um todo, foram criados mecanismos destinados a impedir a permanência de normas jurídicas contrárias ao seu texto ou ao seu espírito.

Sobre isso, verbera o Professor Michel Temer⁴ que *"pressupõe, necessariamente, a supremacia da Constituição; a existência de escalonamento normativo, ocupando, a Constituição, o ponto mais alto do sistema normativo. É nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Aquele, ao inovar a ordem jurídica, infraconstitucional, haverá de obedecer à forma prevista e ao conteúdo anteposto. Se um deles for agravado, abre-se espaço para o controle da constitucionalidade daquele ato normativo cujo objetivo é expelir, do sistema, o ato agravador."*

Entretanto, a grande novidade introduzida pela Constituição brasileira, é o controle da inconstitucionalidade por omissão.

Assim, no Direito Positivo brasileiro, de acordo com os ensinamentos do Professor Temer⁵, vigoram os controles *preventivo e repressivo*.

O *controle preventivo* é encontrado sob o ângulo lato do controle, visando proibir o ingresso no ordenamento jurídico, norma que já apresente descompasso com a Carta Magna,

⁴TEMER, Michel – Elementos de direito constitucional, Ed. Malheiros, 11ª Edição, 1995.

⁵Idem

sendo que tal controle é exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Isto porque, o desejo de que a Constituição fosse efetivamente aplicada, criou de maneira original a figura da inconstitucionalidade por omissão. Tal como ocorre com o mandado de injunção, está de uma maneira ou de outra, fixada em cumprir o desiderato constitucional.

O raciocínio inicial da omissão é de que se a Constituição é jurídica, detém virtualmente força jurídica, não é factível ou aceitável que aqueles que têm o dever de cumpri-la, de aplicá-la, não o façam.

A inconstitucionalidade por omissão ocorre quando o Poder Público deixa de praticar atos legislativos ou executivos necessários e indispensáveis para tornar aplicáveis as normas constitucionais. A inércia da omissão é uma inatividade consciente na aplicação da Constituição.

A omissão é identificada no movimento constitucional europeu, traduzido na expressão "Constituição Vinculante". Podemos pensar que a omissão foi criada em razão da carência de órgãos especializados para o debate, o enfrentamento das lides constitucionais. Outro motivo que deve ser influenciado em sua criação é a sistemática negação dos preceitos constitucionais programáticos.

A linha de comando sugerida pela inconstitucionalidade por omissão, verifica-se toda vez que determinada norma regulamentadora de certa relação jurídica seja descumprida pelo destinatário. Em outras palavras, quer nos parecer que aquele que deveria dar implemento à vontade constitucional, não o fez.

Ademais, a inconstitucionalidade por omissão tem a sua "*ratio essendi*", assim como o mandado de injunção, na necessidade de concretização das normas constitucionais.

Sendo assim, por via reflexa, para que os direitos não restem letra morta por ausência de lei integradora, criou-se a

inconstitucionalidade por omissão. A mera instituição da inconstitucionalidade por omissão não resolve o problema do silêncio do legislador, ao menos totalmente.

Em Portugal, a experiência da inconstitucionalidade por omissão vem desafiando a comunidade jurídica, como expõe Canotilho⁶. Nesse mesmo texto, o doutrinador sugere outras fórmulas para tentar pressionar o legislador, e que chama de *"controle abstracto omissivo, atribuindo a certo número de cidadãos, a fração minoritária de deputados, a possibilidade de fixar ou declarar o comportamento omissivo do legislador, daí se retirando argumentos para a luta político-constitucional."*

Clèmerson Merlin Clève compara os institutos da seguinte forma: *"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."*

A conclusão a que se chega, traçando um paralelismo entre as duas ações é que, eventualmente, pode ocorrer superposição entre o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão. Isto porque, a inconstitucionalidade por omissão não é coativa por si, ao passo que o mandado de injunção o é. As partes titulares das ações são distintas. Os efeitos são distintos, por mais curiosa que possa parecer a conclusão.

Somente se pode imaginar um conflito, na hipótese de um julgamento de mandado de injunção estar em curso, já com pedido liminar deferido. Sobrevindo medida ou regra fruto de inconstitucionalidade proposta por um dos titulares, e decidida

⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Constituição dirigente e vinculação do legislador, Coimbra Editora, 1982.

pelo STF, de tal forma a esvaziar o pedido da injunção anteriormente proposta.

Neste caso, deve-se analisar a compatibilidade lógica entre as duas ações, o mandado de injunção e a omissão, e verificar se a lei regrou totalmente o pedido de injunção, se isso ocorreu, o mandado de injunção acaba por perder seu objeto. A outra hipótese possível é atribuir-se eficácia à decisão do mandado de injunção "*sit et in quantum*", podendo haver, sempre, uma revisão judicial.

Nisto, o Poder Judiciário, diante do mandado de injunção, tem um desafio prático de monta em suas mãos. Foi extremamente dilargado o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, tanto que o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal diz que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.*"

O princípio veio atender nova realidade normativa constitucional plena de valores até então inexistentes, a exemplo dos direitos coletivos e difusos. O Estado Juiz tem o dever de verificar se o direito existe, determinar o sentido da norma jurídica aplicável e compatibilizá-la ao fato "*sub judice*".

O instituto não subverteu o princípio da separação dos poderes, ou determina uma inversão ou invasão de tarefas do Legislativo ao Judiciário. O ordenamento constitucional determinou esta competência ao Poder Judiciário. Face à disposição da injunção, o juiz tem o dever, uma vez atendidos os dispositivos da impetração, traduzidos em seus pressupostos, de conceder a ordem, sob pena de responsabilidade funcional.

O fato incontestável está na possibilidade atribuída ao Poder Judiciário de criar o direito, entendida esta criação, nos moldes a atender o pedido formulado na inicial desta ação constitucional, desde que logicamente atendidos os seus pressupostos.

Dentro desta perspectiva, parece-nos que o sistema jurídico brasileiro, permite a aplicação da equidade.

A propósito, não é necessário cumprir rigorosamente a ordem de preferência prevista na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, em seu artigo 4º:

"Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

Vários argumentos apontam esse entendimento. Não se trata no mandado de injunção de uma omissão de lei, mas de forma regulamentar, a lei já existe. O que obstaculiza a fruição do direito é a ausência de norma regulamentar. Isto não significa que esta norma não possa ser utilizada.

Pelo contrário, ela passa a ser um vetor importante na subsunção do mandado de injunção, mas não é o único. A criação de uma norma individual, no caso concreto, para a realização de um direito já consagrado na Constituição. Assim, vários caminhos são possíveis, desde que todos ou alguns deles ofereçam o que já está determinado no comando constitucional.

Sendo assim, o Poder Judiciário deve se conceder a tutela, no caso da injunção, ter muito presente que se trata de ação constitucional apta à efetivação do direito constitucional das pessoas. Assim, o processo não pode ser um empecilho, um caminho árduo, mas flexível para o atendimento do desiderato constitucional e do pedido do impetrante.

As partes do mandado de injunção são, de um lado, como sujeitos ativos da relação processual, impetrantes, as pessoas em geral, físicas naturais ou jurídicas, de direito privado ou público. Via reflexa, o mandado de injunção é apto à tutela do direito individual, coletivo ou difuso.

Assim como o mandado de segurança, o mandado de injunção admite a titularidade ativa a órgãos públicos despersonalizados e universalidades patrimoniais, desde que haja capacidade processual para a defesa dos interesses dos

impetrantes.

Como sujeitos passivos, impetrados, o mandado de injunção terá de outro lado da lide todas as pessoas órgãos ou entidades que obstaculizem a fruição dos direitos constitucionais do impetrante, podendo, inclusive, ser empresas privadas, o que é mais raro de ocorrer, já que a falta de regra regulamentadora de qualquer natureza, normalmente, é função do Estado.

O objeto do mandado de injunção será sempre a criação de norma jurídica regulamentadora do direito do impetrante pelo juiz, de molde à obtenção da satisfação do pedido, que necessariamente advirá de norma constitucional ou infraconstitucional, desde que atendidos os pressupostos do artigo 5º, inciso LXXI, da Carta Magna.

Os réus, no mandado de injunção, poderão ser pessoas, entidades ou órgãos que estejam por uma ação positiva ou negativa, embaraçando a fruição do direito constitucional do impetrante não regulamentado.

O juiz deverá avaliar quem é o responsável direto pela omissão e, nos termos do pedido, notificar o impetrado e, posteriormente, conforme o caso concreto, os assistentes ou interessados na ação. Somente o diretamente vinculado à omissão, pode ser condenado a cumprir a decisão.

De se deixar claro, ainda, que o mandado de injunção sempre deverá ser impetrado contra a pessoa dotada de competência para promover a elaboração da norma regulamentadora tida como em falta.

No clássico conceito processual civil, a legitimidade passiva advém da circunstância de estar a parte situada como obrigada, ou seja, no pólo passivo da obrigação de direito material que se pretende fazer valer em Juízo, ou como integrante da relação jurídica a ser desconstituída ou declarada, ou ainda como titular do direito a ser declarado inexistente.

No que tange à competência, esta é definida ao STF, no

artigo 102, inciso I, alínea "q", da Constituição Federal:

"Art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originalmente:

...

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

..."

É também competente, para a apreciação do mandado de injunção, o STJ, competência essa estabelecida no artigo 105, inciso I, da alínea "h" da Magna Carta:

"Art. 105 – Compete ao Supremo Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originalmente:

...

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

..."

A competência para o conhecimento e julgamento do mandado de injunção cabe, exclusivamente, ao STF e STJ, portanto, toda a instrução processual, com a colheita de todas as provas que se fizerem necessárias para o julgamento da causa. A Constituição Federal conferiu ao Poder Judiciário a possibilidade de criar o Direito, sob novo enfoque, ultrapassando a simples aplicação da lei ao caso concreto.

Sendo que, o pressuposto para o exercício do mandado de injunção é a falta de norma regulamentadora de qualquer

espécie ou natureza. De fato, qualquer direito constitucional é apto, *a priori*, a servir de embasamento jurídico a ação de injunção, até mesmo à tutela de direitos individuais, difusos ou coletivos.

Outrossim, o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão não se confundem, posto que seus objetivos, suas partes, seus objetos e sua operatividade são distintos.

Por tanto, o Mandado de Injunção, além de ser um instrumento remédio constitucional posto a disposição de qualquer cidadão, presta a suprir uma ação negativa de uma autoridade em fazer uma regulamentação infra-constitucional à que estava obrigado, referente aos direitos e liberdades constitucionais e às prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania ou cidadania, fato que autoriza o Poder Judiciário à concretizar tal direito.

Este dispositivo ingressou no direito pátrio através da Constituição da República de 1988, que estabelece em seu artigo 5º, inciso LXXI, *in verbis*: “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.”

Nada mais natural do que o constituinte estabelecer na Carta Magna de 1988 um dispositivo que outorga a qualquer cidadão o direito de reclamar a regulamentação de um dispositivo obstado pela inércia estatal, porque todo poder emana do povo, pelo povo e para o povo, e até a Constituição de 1988 o povo não tinha como reclamar a inércia de quem deveria regulamentar a matéria constitucional, caso em que tais normas não passaram de boas intenções que jamais saíram do papel.

Através do Mandado de Injunção, deixa a Constituição, ao menos em tese, de conter vários dispositivos que por não

serem auto-aplicáveis ficam nela sem fim algum, pois sua falta impede que o cidadão frua de um direito assegurado na Constituição que não pode ser exercido por inércia estatal, dado à importância dos dispositivos que o Mandado de Injunção procura proteger⁷.

Este aperfeiçoamento processual é uma proteção contra violações à Constituição, violações que no caso se manifestam por serem omissões estatais em regulamentar direitos constitucionais que necessitam de tal regulamentação para terem eficácia plena. São direitos assegurados pela Constituição, mas não respeitados pelo órgão estatal inerte.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello: “o desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional da Lei Fundamental da República, ao mesmo tempo em que, estimulando gravemente a erosão da consciência constitucional, evidencia o inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelos poderes do Estado.”⁸

O Mandado de Injunção não é uma garantia individual, que só caiba em relação ao disposto no artigo 5º, mas uma garantia coletiva, abrangendo outros artigos da Constituição.

Por isto, é que o Mandado de Injunção cabe até em razão de direitos trabalhistas, por exemplo, no artigo 7º, inciso XXVII da Constituição da República, que garante proteção em face da automação, na forma da lei, lei esta não existente, que poderá ser objeto de uma ação injuncional.

Com este *remedium juris*, combinado com o artigo 5º, § 1º da Constituição, todas as normas constitucionais são, ao menos em tese, aplicáveis diretamente.

Como sua origem ainda é controvertida, já que alguns

⁷SIDOU, J. M. Othon – “Habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “Habeas data”, ação popular, Ed. Forense, 5ª edição, 1998.

⁸BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio - Curso de Direito Administrativo. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

entendem ter sido derivado do direito anglo-saxão, outros como tendo suas raízes na Inglaterra medieval, com o instituto do *equity*, que era outorgado por um juízo discricionário na falta de lei regulando a matéria, quando a *common law* não oferecia proteção suficiente.

Há, também, quem entenda que o Mandado de Injunção, é um remédio constitucional sem precedentes. Tal instituto não deriva do direito anglo-saxão, pois o Mandado de Injunção tem por objeto a defesa de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, enquanto que a *injunction* inglesa tem alcance muito mais amplo.

Esta corrente é a que parece ser a correta, visto que o Mandado de Injunção tem uma finalidade restrita de acordo com os termos do artigo 5º, inciso LXXI da Constituição da República, ao passo que o *equity* tem uma acepção mais ampla, o mesmo ocorrendo com outros institutos, como o *writ of injunction*, que tem por finalidade obstar ou assegurar a prática de ato ou execução determinada de uma norma.

Assim, a finalidade do Mandado de Injunção é a proteção de direitos e liberdades, individuais ou coletivas, e das prerrogativas ligadas à nacionalidade, soberania e cidadania, consagrados na Constituição Federal e Constituições Estaduais, que por serem normas constitucionais de eficácia contida e de eficácia limitada necessitam de regulamentação, regulamentação esta que não foi feita pela autoridade a quem a Constituição outorgou o dever de fazê-lo, e por conseqüência impede o cidadão de gozar esse direito ou liberdade.

A proteção constitucional pode ser até em razão de omissões praticadas pelas autoridades municipais. Esse é o alcance do *writ*, ou seja, será uma ordem judicial que deve ser cumprida pela autoridade em razão da observância da lei. Cabe, ainda, o uso deste instituto quando da falta de regulamentação dos Atos das Disposições

Constitucionais Transitórias (ADCT).

Através do inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, extrai-se os pressupostos para acatamento do Mandado de Injunção. É uma relação jurídica de causa, a falta de norma regulamentadora. O efeito da inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

Para que se possa impetrar Mandado de Injunção deverá haver um nexo causal entre a omissão estatal em regulamentar um artigo constitucional e que tal omissão impossibilite a fruição de um direito ou liberdade constitucional, ou uma prerrogativa inerente à nacionalidade, soberania ou cidadania⁹.

Enquanto que, o interesse de agir refere-se à inviabilidade de um direito por falta de regulamentação e não tão somente pela omissão estatal nesta regulamentação. Entender o contrário será defender a impetração do Mandado de Injunção em tese, o que seria um absurdo, pela razão de que o Poder Judiciário não se pronuncia sobre lei em tese, com exceção feita à Ação Direta Declaratória de Inconstitucionalidade.

Deve-se ter, no caso concreto, alguém que tenha seu direito constitucional obstado pela falta de regulamentação de um dispositivo, previsto na Constituição, motivado pela inércia do ente estatal incumbido dessa regulamentação. Os requisitos para concessão do *writ*, para tanto, são a falta de norma regulamentadora.

A expressão norma regulamentadora tem um sentido amplo, englobando normas da esfera de qualquer dos Poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário). Entende-se, assim, como norma regulamentadora, qualquer ato normativo que, no caso concreto, seja o instrumento competente para regulamentar determinado dispositivo constitucional de

⁹BONAVIDES. Paulo, Curso de Direito Constitucional. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

lei complementar, lei ordinária, decreto legislativo, resolução normativa, etc.

A própria Constituição pode ordenar que a regulamentação seja feita por ato normativo específico. Para tanto, deverá ser obedecido, sob pena de inconstitucionalidade formal de tal ato, podendo estar implícita ou explícita, no artigo objeto da injunção, a necessidade de regulamentação.

De fato, o Mandado de Injunção não será o remédio adequado para corrigir eventual inconstitucionalidade que infirma a validade de ato estatal em vigor, para obter a regulamentação dos efeitos de medida provisória rejeitada, para a discussão de constitucionalidade, ilegalidade ou descumprimento de norma em vigor, nem se justifica o Mandado de Injunção para corrigir norma que se julga irregular.

A norma objeto do Mandado de Injunção deve estar diante de uma situação concreta, cuja inércia estatal acarrete prejuízo certo. Se existe lei, não será a via adequada a escolha do Mandado de Injunção, mesmo que na visão dos impetrantes esta lei não atenda a um preceito constitucional, pois este *writ* sempre é derivado de um ato omissivo de um ente estatal, não havendo Mandado de Injunção de um ato comissivo de determinado ente.

A ausência de uma norma regulamentadora é uma situação de lacuna técnica, que consiste na falta de uma norma imprescindível para que outra, que necessite de sua regulamentação, produza efeitos jurídicos, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal.

São normas constitucionais defectivas, faltam algo, qual seja, os dados necessários à sua plena execução, por serem genéricas, necessitam da regulamentação de seus preceitos. Ou seja, tal regulamentação em não ocorrendo, será concedido ao particular buscar o Poder Judiciário para que faça essa

regulamentação, utilizando-se como meio o Mandado de Injunção.

A falta de norma regulamentadora se dá com a inércia do órgão estatal incumbido de criar a norma, configurando a mora legislativa. Não caberá impetração de Mandado de Injunção se a norma objeto do *writ* for auto-aplicável. Se a regulamentação da lei for mera faculdade do legislador, que ainda não a exercitou, também não caberá o *writ*.

Contudo, não caberá a impetração do Mandado de Injunção, em relação ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. Isto porque, este artigo é uma norma constitucional de eficácia plena, não necessitando de um ato normativo cuja falta inviabilize o exercício de direito ou liberdades constitucionais ou de prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania ou cidadania.

Também não caberá Mandado de Injunção se a Constituição recepcionou a norma regulamentadora que vigia antes da promulgação da Constituição¹⁰. Além disso, será necessário que o Judiciário, ao analisar o Mandado de Injunção no caso concreto, verifique se já esta caracterizada a omissão estatal para fazer a regulamentação. Se não estiver expirado o prazo para regulamentação da norma constitucional, não caberá Mandado de Injunção.

É necessário que o Judiciário verifique se o prazo expirou ou não, porque mesmo a Constituição Federal datando de 1988, poderá surgir, a qualquer momento novos direitos e liberdades, como também prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, que venham com prazo para serem regulamentadas, e não sendo, será o Mandado de Injunção a via adequada, pois os direitos expressos no artigo 5º são somente exemplificativos, podendo outros direitos e liberdades ser incluídos, de acordo com o previsto no § 2º do artigo 5º da Constituição da República.

¹⁰Precedente. RES-TSE n. 15.271, de 23.05.1989.

O artigo 5º da Constituição Federal, por exemplo, é uma cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, IV, CF/88), em que não poderá ser suprimido nenhum artigo, parágrafo, inciso, alínea ou palavra, mas poderá a qualquer momento ser incluídos novos direitos.

Além do artigo 5º da Constituição Federal, poderão ser incluídos novos dispositivos inerentes à nacionalidade, soberania ou cidadania e que tenham prazo para que sejam regulamentados. As Constituições Estaduais também poderão ter dispositivos com prazo para regulamentação.

Se no curso do processo do Mandado de Injunção for editada a norma regulamentar ao dispositivo que necessitava da ação injuncional, esta ação será prejudicada, devendo o processo ser julgado extinto, por se ter por perdido o objeto do Mandado de Injunção.

Por outro lado, a inviabilidade, no caso deste *writ*, se manifesta na falta de uma norma regulamentadora, e por isto, impede o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, cidadania e soberania.

Vale ressaltar que, uma das suas diferenças entre o Mandado de Injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão é que, no Mandado de Injunção não há julgamento da lei em tese, mas sim num referido caso concreto, em que a falta de norma regulamentadora inviabilize um destes direitos e liberdades constitucionais.

Se o artigo que necessita de regulamentação não for referente a um direito ou liberdade constitucional ou à nacionalidade, soberania ou cidadania, não caberá este *writ*.

Fato discutível, por outro ângulo, é a questão do alcance do legislador constituinte originário. Ou seja, se este alcance era o visado por ele ao definir quais são os direitos, liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, cidadania e soberania.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o Mandado de Injunção tem um campo restrito, não cabendo, por exemplo, entre os direitos sociais. Para o autor, a parte final do inciso LXXI “inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” restringe o alcance do *writ*, sendo que os únicos direitos e garantias tutelados pela Mandado de Injunção seriam os direitos e liberdades constitucionais que se relacionam com a nacionalidade, soberania ou cidadania.

Entretanto, a maioria da doutrina entende que essa posição fere claramente os princípios constitucionais, em uma interpretação totalmente restritiva aos direitos do cidadão.

Em relação aos direitos individuais e aos coletivos, caberá Mandado de Injunção, somente não sendo possível sua impetração em relação aos direitos difusos, pois seria uma regulamentação abstrata de lei. Vale lembrar que o artigo 5º, inciso LXXI, além de tutelar os direitos e as liberdades constitucionais, também tutela os direitos inerentes à nacionalidade, soberania ou cidadania¹¹.

Por outro lado, há uma linha doutrinária que entende ser este *writ* não tão restrito como a interpretação anterior, mas mesmo assim não é tão abrangente como devem ser tratados os direitos e garantias constitucionais.

Para essa corrente, que adota um posicionamento intermediário e tem como seu principal expoente Celso Ribeiro Bastos, os direitos e garantias que trata o inciso LXXI do artigo 5º são somente os que o Título II da Constituição Federal prevê, no que se refere à nacionalidade, soberania ou cidadania.

Não são todos os direitos desta categoria que se originam na Constituição Federal que são protegidos por este *remedium juris*, mas só os previstos entre os artigos 5º e 17 da Constituição Federal.

¹¹Meirelles, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas-Data, 30ª edição atualizada, Editora Malheiros, São Paulo, 2007.

Porquanto, a expressão ‘direitos e liberdades constitucionais’ aponta para as clássicas declarações de direitos individuais. No nosso Texto Constitucional, o tratamento desta matéria é feito de forma moderna, a consagrar não só os direitos e deveres individuais, mas para incluir debaixo do mesmo título ‘Dos direitos e garantias fundamentais’ os coletivos e os sociais.

Assim, nenhum direito constitucional pode ser excluído da tutela do mandado de injunção, desde que previsto no bojo da Carta, cujo exercício seja obstaculizado pela falta de norma regulamentadora. Isto porque, o Mandado de Injunção será o instrumento adequado para coibir qualquer omissão estatal prevista na Constituição, em qualquer dispositivo seu, tendo como limites somente os direitos e liberdades constitucionais e os direitos relativos à nacionalidade, soberania ou cidadania. Nenhuma outra restrição será válida.

O legitimado recebe o nome de impetrante. No pólo ativo, está todo cidadão, seja ele pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira residente no país, titular do direito que está sendo obstado pela falta de regulamentação de uma norma constitucional sem aplicabilidade imediata, referente ao exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, visando que o Judiciário dê a viabilização do direito obstado.

O estrangeiro residente no país, também detém a titularidade ativa para impetrar o Mandado de Injunção, porque ele mantém relações jurídicas no Brasil, têm todos os direitos individuais e coletivos consagrados na Constituição, a não ser os que ela expressamente excluiu. Ou seja, o titular deve ser o prejudicado pela falta da norma que inviabilize o seu direito ou liberdade previsto na Constituição, pois caso contrário será extinto o processo sem julgamento de mérito.

Desta forma, não terá legitimidade ativa para impetrar

Mandado de Injunção, por exemplo, a Federação em nome da população, deputado Estadual em nome de servidores públicos.

Também detém legitimidade ativa, para agir em razão de direitos coletivos o Ministério Público, e por analogia ao mandado de segurança coletivo (artigo 5º, inciso LXX, CF/88), as entidades de classe e associações legalmente constituídas, em defesa de interesses de seus membros e em funcionamento há pelo menos um ano, além dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, podendo ser até um único membro. Deverá, então, ser admitida a titularidade ativa para órgãos públicos sem personalidade jurídica, espólios, massas falidas e as universalidades patrimoniais, mas desde que haja capacidade processual para defender os interesses dos impetrantes.

Além disso, os sindicatos possuem legitimidade, mesmo sendo ausente a Constituição a esse respeito, em razão de o artigo 8º, inciso III, CF/88, assegurar a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria filiada ao sindicato, inclusive nas questões judiciais, podendo se concluir que é assegurado aos sindicatos o direito impetrarem Mandado de Injunção.

Com efeito, é o Mandado de Injunção Coletivo. E, este interesse de agir não se refere à simples inexistência da norma regulamentadora, mas sim à inviabilidade concreta do exercício de um direito constitucionalmente garantido, por inexistência da norma regulamentadora.

Não são todas as pessoas que tem legitimidade para impetrar o writ, somente tendo essa legitimidade quem tem um direito constitucional impedido de ser exercido em decorrência de omissão estatal. Isto porque, se o interesse de agir fosse referente à simples inexistência da norma regulamentadora qualquer pessoa poderia impetrá-lo, independentemente de ter um direito inviabilizado por omissão.

Em relação ao pólo passivo, o Mandado de Injunção deverá ser impetrado contra quem detém o poder-dever de regulamentar a matéria objeto do Mandado de Injunção, encontrando-se em omissão, mesmo que pessoas privadas venham a suportar eventual ônus ocasionado pela regulamentação de lei por Mandado de Injunção . Será sempre em face de um ente estatal, uma autoridade pública.

No caso da omissão provir do Presidente da República (artigo 61, § 1º CF/88), deverá o Presidente figurar no pólo passivo; se de iniciativa de Assembléia Legislativa Estadual, será esta quem deverá ser parte passiva no Mandado de Injunção, da mesma forma se de iniciativa do Congresso Nacional, em que deverá ser este o impetrado.

Em relação à competência, o critério de distribuição das atribuições relativas ao desempenho da função jurisdicional entre os órgãos do Poder Judiciário. A competência para julgar o Mandado de Injunção é dividida entre derivada e originária. Derivada é a que se firma em termos recursais cujo conhecimento pelo Tribunal superior se faz de rigor em virtude da existência de recurso, voluntário ou *ex officio*.

A originária é o órgão titular que irá conhecer da matéria, independentemente de primeira instância. Sempre será definida a competência para julgar este writ de acordo com a função da autoridade ou do órgão que está em mora com a regulamentação.

Caberá, originariamente ao Supremo Tribunal Federal, de acordo com o artigo 102, inciso I, alínea “q”, quando a omissão em regulamentar o dispositivo constitucional partir do Presidente da República, Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, dos Tribunais Superiores ou do próprio Pretório Excelso.

A competência derivada do STF ocorrerá quando ele julgar, em recurso ordinário, o Mandado de Injunção decidido

em única instância pelos Tribunais Superiores, quando a decisão for denegatória (artigo 102, II, “a”, CF/88 c.c. artigo 539, I do Código de Processo Civil).

Nesse caso, o STF é o único órgão que julgará o Mandado de Injunção. O julgamento desse instrumento processual é competência do Pretório Excelso porque ele possui a jurisdição constitucional da liberdade. Ao Superior Tribunal de Justiça caberá, em instância originária, julgar Mandado de Injunção quando o ato omissivo em regulamentar a norma for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal; da administração, indireta ou direta; desde que o caso não seja de competência do STF, ou dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (artigo 105, I, “h”, CF/88). O legislador constituinte não atribuiu ao STJ competência derivada.

Ainda, de acordo com o artigo 121, § 4º, V, da Constituição Federal, a Justiça Eleitoral, através do Tribunal Superior Eleitoral, tem competência derivada para julgar recurso oriundo do Tribunal Regional Eleitoral, quando tiver sido denegado o Mandado de Injunção.

Em relação aos demais órgãos jurisdicionais, com exceção da Justiça¹² Eleitoral, caberá ao legislador regular a matéria. Todas as Constituições dos Estados-membros consagraram o instituto, deferindo a competência para julgamento do Mandado de Injunção aos seus respectivos Tribunais de Justiça, incluindo a Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal, que também deferiu ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal a competência para tal julgamento.

O Mandado de Injunção é um mecanismo auto-suficiente e autoaplicável, independente de lei regulamentadora para tornar viável a sua aplicação. Sendo assim, a falta de uma lei específica sobre o Mandado de Injunção não impede sua

¹²BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

impetração. O impetrante não deverá pleitear somente a regulamentação, mas também, o modo como deva ser feita esta regulamentação, pois, caso contrário, poderá ter uma regulamentação desfavorável à sua pretensão, devendo fixar os limites do pretense direito reivindicado.

Em relação à possibilidade de concessão de medida liminar no Mandado de Injunção, esta será possível, desde que presentes os requisitos ordinários da liminar, ou seja, o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, evitando lesão à direitos do impetrante ao se aguardar a decisão final do órgão jurisdicional.

O *fumus boni juris* já está presente de plano, sem necessidade de ser provado, pois, a falta de regulamentação de uma norma constitucional é que gera a necessidade do Mandado de Injunção.

Decorre, principalmente, da própria origem do instituto, através do qual de plano sobressai o direito do impetrante. Com a inércia estatal na regulamentação de ato normativo referente à direito ou liberdade constitucional ou garantia inerente à nacionalidade, soberania ou cidadania já estará presente a “fumaça do bom direito.”

Os direitos constitucionais restringidos pela falta de norma regulamentadora fundamentam o *fumus boni juris*. E, o *periculum in mora*, ou seja, o dano potencial que corre o impetrante de aguardar a decisão final da ação principal de Mandado de Injunção deverá ser demonstrado objetivamente, de acordo com cada caso.

Por fim, o direito de impetrar Mandado de Injunção é incaducável, pois não há lei prevendo o termo final para que seja impetrado, nem está o texto constitucional prevendo isso, e como deve o artigo 5º da Constituição Federal ser interpretado extensivamente, chega-se à conclusão que não há prazo para sua expiração.

Ademais, os efeitos só alcançaram as partes litigantes,

como se fosse uma decisão do Judiciário. Essa é a essência do instituto, como se pode extrair da leitura dos artigos 126 e 335 do Código de Processo Civil.



BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid, 1993.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição*. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 1996.
- DUARTE, José Florentino - tradução da obra de Hans Kelsen: *Teoria geral das normas* - Ed. Sérgio Fabris, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio Barcelona*: Ariel, 1989. P. 72. Traduzido por Marta Guastavino.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1998.
- GOMES, Randolpho. *Mandado de Injunção*. Rio de Janeiro: edições trabalhistas, 1989.

- GRAU, Eros Roberto . *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. Ed. Revista dos Tribunais.
- Meirelles, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas-Data*, 13ª edição atualizada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989.
- Meirelles, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas-Data*, 30ª edição atualizada, Editora Malheiros, São Paulo, 2007.
- MENDES. Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: ed. Saraiva, 1996.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994.