

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 48 • nº 191
Julho/setembro – 2011

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Mandado de injunção

Origem e perspectivas

Paulo Roberto Barbosa Ramos e
Diogo Diniz Lima

Sumário

1. Introdução. 2. Origem do instituto, adoção no ordenamento jurídico brasileiro e perspectiva doutrinária. 3. Perspectiva jurisprudencial: análise da atuação do Supremo Tribunal Federal. 4. Conclusão.

1. Introdução

O mandado de injunção é garantia constitucional que tem como objetivo tornar possível a fruição de direitos e liberdades constitucionais, bem como prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Segundo alguns doutrinadores, o Poder Constituinte de 1987/1988 teria transladado um instituto do Direito Privado anglo-saxão, chamado *writ of injunction*, para o Direito Público brasileiro, modificando-o de tal maneira que do sistema alienígena só restou a denominação.

A jurisprudência brasileira, contudo, foi vacilante no trato da novel ação constitucional. Com foco na atuação do Supremo Tribunal Federal, equiparou-se o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão quanto aos efeitos da decisão. O Poder Judiciário, em nome do princípio da Separação dos Poderes, abstém-se frequentemente de suprir, mediante jurisdição de equidade, a omissão normativa ocasionada pelo Poder Público.

Paulo Roberto Barbosa Ramos é Promotor de Justiça no Estado do Maranhão. Professor Associado do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP. Tutor do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional. Pesquisador do Centro Universitário do Maranhão.

Diogo Diniz Lima é Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão. Pesquisador do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional. Monitor vinculado ao Programa Institucional de Monitoria da UFMA da cadeira Direito Constitucional II: Organização do Estado e dos Poderes. Bolsista FAPEMA 2010-2011.

O presente trabalho visa analisar o mandado de injunção em perspectiva conceitual, jurisprudencial e comparativa.

2. Origem do instituto, adoção no ordenamento jurídico brasileiro e perspectiva doutrinária

O mandado de injunção tem origem no Direito anglo-saxão, no qual foi criado o *writ of injunction*, que é instituto de típica aplicação no âmbito do Direito Privado e visa impedir a lesão a direito individual, ainda que em face da inexistência de norma regulamentadora.

A *injunction* implica ao requerido a obrigação de fazer ou de não fazer decorrente do pedido formulado, tendo-se como parâmetro um juízo de equidade, que compensará a omissão do *Common Law* no trato da matéria. Nesse modelo de Direito Comum, a existência do direito subjetivo implica a existência de ação apta a garantir-lhe a efetividade, fato consubstanciado no brocardo “where there is no remedy, there is no right”. No caso específico da injunção, desenvolveu-se um remédio que transcende a produção jurídica, transferindo-se ao magistrado o poder de inaugurar o sistema de precedentes para decisão do caso concreto.

Assenta Tornaghi (1989) que, após a evolução histórica do instituto processada por meio da construção dogmática e jurisprudencial, surgiu, no reinado de Henrique VI, o *writ of injunction*, que substituiu o juízo desenvolvido por uma corte clerical, chefiada por um chanceler do reino.

Pode-se apontar, ainda na linha do pensamento de Tornaghi (1989), uma motivação de cunho negocial para o surgimento do *writ*: trata-se da impossibilidade de repressão de atos ilícitos no curso de relações privadas, o que diminuía a força impositiva dos contratos. Os tribunais determinavam, então, condenação do infrator tão-somente em perdas e danos, tornando reduzida a exequibilidade da obrigação

pela imposição apenas de reparação de cunho patrimonial.

O *writ of injunction*, analisado processualmente, possuía tanto caráter definitivo, quando julgado o mérito da ação, como acautelatório, o qual visava resguardar preliminarmente o direito levado a juízo.

No que toca o ordenamento jurídico brasileiro, contudo, há autores, como Adhemar Ferreira Maciel (apud VELLOSO, 1989), que sustentam que o instituto adotado no Brasil teve origem no modelo português, como uma via complementar da ação de inconstitucionalidade por omissão, constante no artigo 288, I, da Constituição da República de Portugal.

Tal tese sustenta-se fundamentalmente no fato de o mandado de injunção instituído no Brasil ser uma ação da seara do Direito Público, cuja destinação dirige-se ao suprimento da omissão legislativa e de concessão de aplicabilidade imediata às disposições constitucionais referentes à matéria especificamente elencada na Constituição Federal de 1988.

Sobre o tema, afirma Sérgio Bermudes: “‘parece-me, assim, que a injunção do Direito Comum não é a que se encontra na nova ordem constitucional brasileira’, e continua o autor para afirmar, também com base no entendimento exarado por Galeno Lacerda, que ‘os constituintes brasileiros apenas tomaram de empréstimo, como na verdade aconteceu, o nome do instituto. Penso que eles se serviram de um rótulo estrangeiro (...)’” (BERMUDES, 1989, p. 22).

Cabe aqui analisar se, de fato, tais diferenças consubstanciam-se tão amplamente. O Ministro Célio Borja (1989) aborda a seguinte definição, consoante os estudos de Maitland acerca de *writ of injunction*: “an order made by the Court forbidding a person or class of persons from doing a certain acts of a certain class, upon pain of going to prison for a indefinite time as contemners of the Court”.

Por sua vez, o mandado de injunção foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. No rol do artigo 5º, dispôs o constituinte:

“LXXI – 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.”

É possível observar que o instituto positivado na Constituição brasileira difere substancialmente daquele de origem anglo-saxônica. Aqui, o instituto possui o claro condão de garantir ao jurisdicionado o exercício de seus direitos, independentemente da morosidade ou da omissão do legislador em regulamentar as normas constitucionais. No modelo inglês, por outro lado, uma ordem, continente de uma obrigação de fazer ou deixar de fazer, é emitida para tutelar direitos, ainda que o sistema de *Common Law* não ofereça, em seu sistema jurisprudencial, a solução para o caso concreto.

Contudo, uma semelhança pode ser extraída entre os dois. Trata-se do elemento motivador do julgamento desta ação. Fala-se em injunção como “remédio típico de *equity*, a qual, por sua vez, é tecnicamente definida como sentença (...) segundo regras da boa consciência (...)” (BORJA, 1989, p. 43). Está-se diante do que a doutrina denominou de jurisdição de equidade.

Diante do vazio normativo, o magistrado do caso julgará o caso concreto a partir de uma compreensão de um juízo de equidade, ou seja, por uma perspectiva valorativa imediata, em substituição à vinculação ao arcabouço legislativo e jurisprudencial específico. Subsiste, porém, a sistematização do ordenamento jurídico, pois o Direito não é construído por normas isoladas, mas por um todo, orientado por valores inerentes a cada realidade social, configurando um marco referencial que é cultural.

Deve-se observar, contudo, que a jurisdição de equidade, de acordo com o conceito acima transposto, não é um recurso ou um parâmetro ilimitado. Como dito, a própria cultura jurídica desenvolvida põe como fronteira entre a missão conferida ao magistrado de solucionar o caso concreto no qual é cabível a injunção e a discricionariedade descomedida. Ademais, o peso que se põe sobre a decisão do magistrado também repercute na divisão de poderes, haja vista ser a norma do caso concreto emanada na injunção um mandamento de caráter provisório válido até a concretização da função político-institucional do Poder Legislativo.

Sobre tal ponto, repousa relevante aspecto da aplicabilidade do mandado de injunção no Brasil. O Ministro Célio Borja (1989) questiona se, no modelo pátrio, tem-se uma atuação amparada em “ditames da boa consciência” ou remanesce a obrigatoria observância à produção normativa já existente. Cuida-se aqui da dita usurpação de competência legislativa. Decidindo, na injunção por meio da criação de uma norma para o caso concreto, estaria o Poder Judiciário vergastando as funções concedidas constitucionalmente ao Poder Judiciário?

A resposta ao presente questionamento deve ser negativa. O mandado de injunção é uma garantia à ausência de norma regulamentadora dos ditames constitucionais especificados no inciso LXXI do artigo 5º da Carta Magna. Cuida-se de uma competência do Poder Judiciário, que confere ao magistrado a possibilidade de se substituir temporariamente ao legislador. É descabido falar que, em razão do mandado de injunção, cria-se uma crise institucional ou que esteja maculado o princípio da separação de poderes.

Pode-se dizer mais: tratando-se o mandado de injunção de garantia constitucional, além de ser a ação de competência do Poder Judiciário, trata-se de dever deste de proteção do jurisdicionado. Aplica-se, pois, o princípio constitucional da inafastabilidade

de, constante do artigo 5º, XXXV, segundo o qual, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. É necessário que se dê interpretação extensiva à norma constitucional em tela para que a ausência de lei também seja enquadrada no âmbito de eficácia do dispositivo. Assim sendo, tornam-se irrelevantes os argumentos que conduzem a qualquer crise institucional na separação de poderes.

Em tom conclusivo, Derly Barreto e Silva Filho afirmava que:

“Compete aos poderes constituídos, inseparavelmente a efetividade, no mundo fático, das normas constitucionais. A todos eles incumbe este dever. E o cumprem integrados em objetivo (fim), mas independentes em sua consecução (meio). Todavia, a independência dos poderes constituídos não permite que um ou mais deles se abstenham de fazer o que estão constitucionalmente adstritos. Na falta de atuação destes, principalmente do Legislativo e do Executivo, (...) o Judiciário, mediante a ordem de injunção, deverá cumprir o objetivo estabelecido pela norma constitucional e atuar como Poder integrado de objetivação dos fins, e, não, como Poder independente de consecução dos meios (...)” (SILVA FILHO, 1991, p. 135).

Definidos esses marcos iniciais, pode-se agora adentrar a análise das hipóteses de cabimento do mandado de injunção, que estão dispostas no artigo 5º, LXXI, da Lei Maior brasileira. Há duas espécies de pressupostos de cabimento que são cumulativas: a primeira diz respeito à inexistência de norma regulamentadora e a outra exige que o pleito verse sobre a fruição de direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas de nacionalidade, soberania e cidadania.

O supracitado artigo constitucional elenca a exigência de “falta de norma regulamentadora” para que se abra a via

do mandado de injunção como meio hábil a tutelar a situação concreta. É necessário assentar que não se deve estreitar o alcance do verbete “norma” para abarcar apenas lei. Sobre tal tema, manifestou-se José Afonso da Silva:

“Muitos direitos constam de normas constitucionais que prevêm uma lei ordinária ou uma lei complementar para terem efetiva aplicação. Nessas hipóteses, é fácil verificar a norma pendente de regulamentação. Há casos, contudo, em que a norma constitucional apenas supõe, por sua natureza, por sua indeterminação, a necessidade de uma providência do Poder Público para que possa ser aplicada. Norma regulamentadora é, assim, toda ‘medida para tornar efetiva a norma constitucional’” (SILVA, 2009, p. 449-450).

Tal pressuposto, conforme acima defendido, permite ao Poder Judiciário superar os limites normativos, assegurando ao jurisdicionado a plenitude das disposições constitucionais amparando seu patrimônio jurídico.

Neste ponto figuram duas matérias polêmicas: a norma em processo de elaboração e a norma inconstitucional.

Sobre o primeiro caso, da norma em processo de elaboração, Sérgio Bermudes (1989, p. 23) anota que “a efetividade do direito, da liberdade, da prerrogativa se encontra na dependência de norma regulamentadora (...) se essa norma se encontra em regular processo de elaboração, faltará ao impetrante interesse processual (...)”. A postura doutrinária do citado professor merece ressalvas. Inicialmente porque a tutela de direitos e liberdades constitucionais deve ser imediata. Tais elementos figuram no patrimônio jurídico do indivíduo de modo a compor um núcleo mínimo ao redor do qual o Estado deve erguer fortes proteções. De outro modo, há também uma implicância referente aos efeitos que uma norma que se encontra tão-somente

em processo de elaboração. A carência de vigor da legislação confere a ela a mesma condição que a da norma inexistente.

Mesmo admitindo a cautela de Sérgio Bermudes, por se tratar de novel instituto jurídico à época em que elaborou seu estudo, ainda assim, é preferível a posição de que tal norma em processo de elaboração não afaste o interesse processual. Esse requisito da ação configura-se pelo binômio necessidade/utilidade, ambos presentes se considerada a impositiva tutela imediata que deve ser conferida às hipóteses fáticas em que é cabível o mandado de injunção.

Caso diferente é a superveniência da norma regulamentadora em período anterior ao da decisão do mandado de injunção. Nessa situação específica, não há razão para utilizar-se da garantia constitucional, pois não estaria configurada a necessidade exigida para o interesse processual, além do que, estar-se-ia a violar a separação de poderes.

Em se tratando de arguição de questão prejudicial que verse sobre inconstitucionalidade da norma regulamentadora, entende-se que não deve ser cabível o manejo do mandado de injunção, pois este foi instituído como garantia constitucional para a um campo de proteção restrito, em que cuidou a Constituição Federal de determinar-lhe o alcance. A presente ação carece de aptidão para conter em seu bojo dois pleitos distintos, ainda que interligados: o primeiro, uma arguição de inconstitucionalidade, após o que se preencheria um dos pressupostos de cabimento. É dilatar a função da injunção de forma a caracterizar verdadeiro desprezo com a presunção de constitucionalidade que reveste toda a legislação, até decisão final do Poder Judiciário. Afinal de contas, apesar do debate acerca da natureza da norma inconstitucional, a corrente que pugnava por sua inexistência tornou-se superada, tanto na doutrina como na jurisprudência brasileira.

A segunda espécie de hipótese de cabimento acima mencionada abarca “direitos e liberdades constitucionais e das prerroga-

tivas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, que constituem o aspecto material da conformidade para o ajuizamento do mandado de injunção. Tem-se por óbvia a exclusão da matéria que não se enquadrar no dispositivo citado. Diz-se mais, em sede de juízo de admissibilidade, deve o magistrado demonstrar rigor em sua análise. A banalização de tal via, com cognição restrita, possibilitaria não a fruição, mas o abuso de direito amparado em decisão jurisdicional, o que é inaceitável em um Estado Democrático de Direito.

Novamente a matéria comporta debate, agora acerca da extensão dos referidos “direitos constitucionais”. Velloso (1989) cita, por exemplo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem os direitos sociais não estariam inclusos nas disposições constitucionais, da mesma forma que interpreta restritivamente a norma para entender que as prerrogativas de que trata o inciso são aquelas ligadas ao caráter nacional do indivíduo, diretamente relacionadas ao *caput* do artigo 5º da Constituição ou aqueles constantes no capítulo III do título II.

O Ministro Carlos Velloso, no entanto, afirma discordar da restrição interpretativa perfilhada pelo doutrinador; segundo ele, o mandado de injunção protege os direitos e liberdades constitucionais, assim como as prerrogativas constitucionais, que poderão referir-se à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Elenca ainda rol de juristas que não esposaram concepção restritiva em nenhum dos dois casos, nele figurando Celso Agrícola Barbí, Ivo Dantas, José Carlos Cal Garcia, entre outros.

José Afonso da Silva (op. cit.) é claro ao afirmar que o requisito principal é a não regulamentação, e, no que toca os direitos, abrange-se qualquer direito, liberdade ou prerrogativas constitucionalmente determinados. Parece esta a solução que melhor figura para a aplicação da norma constitucional. Sob o prisma da ausência de norma regulamentadora, sim, o constitucionalista enxerga um óbice, principalmente em re-

lação às liberdades constitucionais, cujas normas são, de regra, de aplicabilidade imediata.

A legitimidade *ad causam* também se faz tema de necessária análise. É aquele cujo direito, liberdade ou prerrogativa com previsão constitucional foi violado que deverá atuar no polo ativo da relação processual.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu também a possibilidade de impetração de mandado de injunção coletivo por sindicato. Trata-se de analogia para determinar a aplicação, no que couber, do inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal. Quanto ao rito de processamento, aplica-se o mesmo previsto para o mandado de segurança. A doutrina não refuta tal possibilidade. A Suprema Corte, entretanto, fixou requisitos para a admissibilidade, entre outros julgados, no MI nº 712/PA: “O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano”.

Não cuidou o constituinte de definir o sujeito passivo do mandado de injunção. Em estudo doutrinário, Luís Roberto Barroso elenca então duas construções que para ele figuram como razoáveis:

“A primeira é a de que ela recairia sobre a autoridade ou órgão público a que se impunha a omissão, bem como, em litisconsórcio necessário, sobre a parte privada ou pública que vier a suportar o ônus de eventual concessão de ordem de injunção (...) a segunda posição em relação a este tema é no sentido de que a legitimação passiva deve cair, *tour court*, sobre a parte à qual cabe prestar a obrigação decorrente da norma a integrar, ficando de fora o órgão que haja quedado inerte (...)” (BARROSO, 1993, p. 5).

A ordem de injunção vai além da mera comunicação da morosidade ou inoperância em que se encontra autoridade competente para emanar o ato regulamentar. Não se está aqui a tratar de ação de inconsti-

tucionalidade por omissão. Pressupõe-se que o constituinte não tenha positivado na ordem jurídica pátria institutos ambíguos ou desprovidos de efetividade. Da mesma forma, não é de se esperar que uma garantia constitucional seja intentada visando notificar qualquer poder da inércia na qual obviamente já se encontra.

A posição mais acertada parece ser aquela esposada pelo acima citado autor, segundo a qual ao órgão moroso deve ser dada ciência do feito, podendo este atuar por meio da prestação de informações ou como litisconsorte, tendo-se sempre presente no polo passivo aquele em desfavor do qual será dada a ordem de injunção.

O argumento acima apresentado adentra outro aspecto de fundamental estudo, que é o efeito da ordem de injunção. No transcorrer do texto, citou-se que a *injunction*, do *Common Law*, tem como resultado uma obrigação de fazer ou de não fazer. Com a apreciação da norma que versa sobre o mandado de injunção na Constituição brasileira, poder-se-ia concluir que tanto a *mens legis* como a *mens legislatoris* encaminham-se no sentido da garantia de plena fruição do direito, liberdade ou prerrogativa constitucionalmente assegurados, independentemente da atuação regulamentadora remanescente conferida pela própria Lei Maior.

A ciência dada ao órgão responsável pela edição da norma regulamentar é perfeitamente aceitável e recomendável se tomado em conta o equilíbrio das relações institucionais. De outro lado, criam-se, na jurisdição constitucional, duas falhas: a primeira é o esvaziamento da efetividade da injunção e a segunda é a equiparação do mandado de injunção à ação de natureza e finalidade diversa, cujo objetivo é a contenção da ocorrência de inconstitucionalidades de modo amplo, conforme abaixo se diferenciará.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma das vias diretas de controle de constitucionalidade, que visa o controle do aparecimento de lacunas

inconstitucionais na esfera de imperativos emanados da Constituição Federal. A Constituição ofereceu dois mecanismos para o combate da omissão inconstitucional, que são o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ocorre, contudo, que a tutela jurisdicional emanada em cada caso deve ser no mínimo diferenciada.

Além disso, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2010) acrescentam que o mandado de injunção somente tutela a omissão inconstitucional de forma diferenciada, pois se trata de modalidade de controle de constitucionalidade por exceção, além do que se deve registrar o restrito campo de aplicação do instituto.

Sobre as diferenças entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, discorreu o Ministro Carlos Mário da Silva:

“A diferença entre mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão está justamente nisso: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional abstrato, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a matéria é versada apenas em abstrato e, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo máximo de 30 dias (CF, art. 103, §2º). No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável, em razão de ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável (...)” (VELLOSO, 1989, p. 14).

É tolerável a dúvida acerca da resposta a ser dada pelo magistrado em face da de-

manda que lhe é apresentada. No entanto, é inaceitável que cautelas demasiadas infrinjam a Constituição por não se oferecer decisão apta a garantir um núcleo essencial ao Estado Democrático de Direito, que é o respeito amplo aos direitos fundamentais.

Após as considerações até aqui desenvolvidas, remanesce o trato da competência do juízo para apreciação do mandado de injunção.

Inicia-se a análise da competência a partir da Constituição Federal, a qual toma como parâmetro de fixação a autoridade competente para a elaboração da norma regulamentadora de que trata o inciso LXXI do artigo 5º. Dispõe a Carta Magna em seu artigo 102, I, q:

“Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente:

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”.

Não somente ao Supremo Tribunal Federal foi destinado o desígnio de processar e julgar o mandado de injunção, também o Superior Tribunal de Justiça é juízo apto à apreciação de tal ação, consoante dispõe o artigo 105, I, h:

“Art. 105 - Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

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”.

Vê-se que se concentrou no Supremo Tribunal Federal a competência de acordo com seu caráter de Corte máxima da federação, cabendo-lhe substituir eventual órgão na estrutura da União, compreendendo-se órgãos vinculados aos três Poderes da República.

O Superior Tribunal de Justiça manteve-se como guardião da legislação federal, competindo-lhe tutelar a efetividade de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais quando a inoperância for de órgão, ente ou autoridade federal.

A parte final do artigo demonstra que também a Justiça Militar, a Justiça Eleitoral, a Justiça do Trabalho e a Justiça Federal possuem competência para exercer a atividade jurisdicional na análise da matéria.

A Constituição, entretanto, não elencou entre as competências da Justiça Federal o julgamento do mandado de injunção; tal fato pode ser verificado pela leitura das disposições referentes aos Juízes Federais e aos Tribunais Regionais Federais, únicos componentes da estrutura da referida Justiça.

A Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho, apesar de não haver disposição expressa na Constituição, poderão estar incumbidas de tal competência, pois a Lei Maior determina que caberá à lei, entre outras coisas, reger as competências dos órgãos componentes de tais justiças de acordo com a norma geral fixada na Constituição Federal.

3. Perspectiva jurisprudencial: análise da atuação do Supremo Tribunal Federal

O presente tópico visa analisar a jurisprudência até aqui consolidada, tendo como marco o Mandado de Injunção nº 708/ DF. A partir desse caso, é possível

perceber como o Supremo Tribunal Federal se posicionou acerca de diversos pontos polêmicos sobre aspectos materiais e processuais da presente ação.

Inicialmente debatia-se intensamente, em nível doutrinário, a autoaplicabilidade da norma constitucional do artigo 5º, LXXI. A doutrina majoritariamente pronunciou-se pelo absurdo de se entender que um dispositivo que visava garantir a eficácia plena da Constituição Federal tivesse a aplicabilidade restringida. Foi então que a Suprema Corte firmou posição pela aplicabilidade do procedimento em mandado de segurança.

De acordo com Luís Roberto Barroso (op. cit.), a jurisprudência do Supremo Tribunal iniciou as decisões sobre o tema firmando posicionamento com claro intuito de eximir-se de qualquer função normativa. O doutrinador indica trecho de voto do Ministro Celso de Mello no MI nº 191-0/RJ, que bem esclarece o posicionamento da Corte sobre a natureza da decisão a ser tomada na ação: “O STF não substitui ao legislador ou administrador que se hajam absterido de exercer sua competência normatizadora”.

Contudo, ao julgar o Mandado de Injunção nº 107-3/DF, o Supremo Tribunal Federal impropriamente equiparou o instituto à ação de inconstitucionalidade por omissão, conforme acima tratado, nos seguintes termos:

“O mandado de injunção é ação que se propõe contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade omissos quanto à norma regulamentadora necessária à viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o art. 5º, LXXI da Constituição, e que se destina a obter sentença que declare a ocorrência da omissão constitucional, para que se adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (...)”.

Pode-se sustentar em favor do Supremo Tribunal Federal que, enfrentando a matéria apenas um ano após a promulgação da Constituição, a jurisprudência resguardava-se de promover invasão que pudesse, em momento tão instável da vida política nacional, configurar uma hipertrofia do Poder Judiciário em detrimento dos outros poderes. Porém, é fato que o presente entendimento, para o autor supracitado, esvaziou o sentido do mandado de injunção. A única contribuição que se pode afirmar que foi trazida pela presente ação, se considerado tal posicionamento jurisprudencial, é o alargamento do polo ativo da demanda, pois, na ação de inconstitucionalidade por omissão, apenas os constitucionalmente legitimados no taxativo rol do artigo 103 poderão litigar.

Em pronunciamento de 2007, o relator do MI 708/DF elenca detalhadamente as peculiaridades enxergadas no mandado de injunção. Segundo ele, o Supremo Tribunal Federal:

“conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia *erga omnes*, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de

mandado de injunção; v) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; vi) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador”.

José Carlos Barbosa Moreira (apud BARROSO, 1993) assevera que se trata de uma inocuidade o tratamento conferido pela Suprema Corte ao mandado de injunção e comemora a evolução que se processou a partir do julgamento do MI 283-5. A partir da mudança de entendimento, o Supremo Tribunal Federal passava a determinar prazo para a purgação da mora, que, não observado, poderia possibilitar ao titular da ação o direito de exigir uma sentença líquida e certa de indenização por perdas e danos. Tal entendimento, da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, padece de erro imperdoável: a tutela do mandado de injunção deve, em regra, ser específica, enquanto que, se adotando a mera reparação financeira por perdas e danos, transformava-se o mandado de injunção agora em ação ordinária. Sem dúvida, que não é essa a textura conferida pela Constituição à aplicação da injunção no modelo brasileiro, razão pela qual é possível dizer que esta primeira evolução jurisprudencial pouco contribuiu para a efetiva fruição de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionalmente assegurados.

Barroso acrescenta ainda que o então Desembargador José Carlos Barbosa Moreira relatou Mandado de Injunção no 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e bem mais progresso fez em relação à aplicação

do instituto constitucional tendo em vista sua aptidão para a consecução de seu objetivo jurídico. O Magistrado fixou três pontos controvertidos acerca do mandado de injunção: o primeiro, que a legitimidade passiva *ad causam* é da autoridade sobre a qual recairá a obrigação; o segundo, que, à autoridade omissa na elaboração da norma regulamentadora, será dada ciência do feito e, em terceiro, a constatação da lacuna impele o órgão judicial a formular a regra e aplicá-la respeitando o limite subjetivo da ação (efeito *inter partes*).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, então, em um de seus mais notáveis casos de Mandado de Injunção, de número 708-DF, fixou posição sobre diversos pontos polêmicos que permeiam o manejo da ora tratada ação constitucional.

O relator do Mandado de Injunção 708/DF destacou, na oportunidade, a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, da seguinte forma:

“Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções ‘normativas’ para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI nº 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI nº 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI nº 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI nº 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI nº 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003”.

É salutar o avanço que a Corte Constitucional brasileira adotou. Deixando para

trás a postura conservadora em relação ao mandado de injunção, com especial foco ao marco jurisprudencial da lavra do Ministro Moreira Alves, para perfilar uma compreensão mais abrangente, considerando-se, então, a possibilidade de atuação normativa do Tribunal para materializar a proteção que a Constituição quis conceder com a criação do mandado de injunção.

A partir do julgamento do Mandado de Injunção 708/DF, é possível notar o encontro, esperado por dezenove anos, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com a postura apontada doutrinariamente como a mais adequada para essa ação constitucional.

Ainda analisando referido julgado, nota-se a aproximação promovida pela Suprema Corte entre os modelos de injunção brasileiro e do direito comparado (de inspiração mais progressista do que a adotada até então no Brasil), consoante constatou o Relator:

“3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º)”.

Sobre as semelhanças da injunção brasileira e o modelo adotado na Alemanha, Sérgio Bermudes discorda, assentando que:

“Também não procede, no meu juízo, a esforçada tentativa dos eminentes Rogério Lauria e José Rogério Cruz e Tucci, em seu recente e ótimo livro, *Constituição de 1988 e Processo*, de filiar o instituto da injunção brasileira à *Verfassungsbeschwerde* do direito constitucional alemão, pois esse remédio se destina a veicular reclamação contra órgão público, em decorrência de ato ou omissão dele (...)” (BERMUDDES, 1989, p. 23).

Com tal decisão, encerra-se definitivamente a preocupação pretérita, manifestada em voto do Ministro Celso de Mello, com a invasão pelo Poder Judiciário nos assuntos de competência do Poder Legislativo e Executivo. Trata-se de uma evolução que transcende a mera produção jurisprudencial para chegar à compreensão política do Supremo Tribunal Federal, que parece reconhecer que as relações institucionais entre os Poderes Constituídos da República quedaram-se suficientemente firmes para compreender, sem a possibilidade de provocar instabilidade política, a atuação jurisdicional que transcende a margem de divisão funcional.

4. Conclusão

O mandado de injunção foi concebido pelo Legislador Constituinte como remédio à ausência de aplicabilidade imediata das normas constitucionais, o que poderia comprometer o pleno gozo dos direitos, liberdades e das prerrogativas elencados no artigo 5º, LXXI.

Instituto inspirado, segundo alguns doutrinadores, no *writ of injunction*, do modelo anglo-saxônico, o mandado de injunção adentrou a história constitucional brasileira pela primeira vez no artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988. Por se tratar de novel ação, e possuir caráter diferenciado ao modelo-fonte, houve profundo debate jurisprudencial no país e formaram-se controvérsias acerca de questões fundamentais, que se estendiam desde a autoaplicabilidade até os efeitos da decisão.

A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, principalmente, iniciou-se tímida e conservadora ao lidar com a ação ora tratada. Nos precedentes construídos nos primeiros anos da nova Constituição, o Tribunal preocupava-se sobremaneira com a reafirmação da separação funcional dos poderes, o que acabou por diminuir a importância e o campo de proteção que de-

veria ter o mandado de injunção na ordem constitucional brasileira.

A intensa manifestação doutrinária em posição contrária e a necessidade de modificações ante a complexidade dos casos levados à análise da Corte, provocaram uma modificação de postura, impelindo o Supremo Tribunal Federal a admitir que a Constituição lhe conferia competências que protegiam sua atuação da configuração de usurpação de poder, permitindo-lhe, assim, atuar na supressão de omissão normativa provocada pela inoperância das instâncias competentes. Com isso, superou-se a postura que igualava o mandado de injunção à ação de inconstitucionalidade por omissão e, também, aumentou os poderes conferidos ao magistrado, que até então eram meramente acautelatórios.

No modelo atual, doutrina e jurisprudência fixaram-se em torno do mandado de injunção de forma alinhada, concebendo-lhe como um importante remédio constitucional contra a morosidade das autoridades constituídas, outorgando ao Poder Judiciário, mediante racional uso da jurisdição de equidade, competência para emanar norma (observando o limite subjetivo *inter partes*) e efetivar a plenitude do direito em sua decisão, buscando-se, assim, um sistema constitucional de garantia de direitos aos indivíduos e construção do aclamado Estado Democrático de Direito.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAUJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

_____. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

- _____. Mandado de injunção: perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 191, p. 1-13, jan./mar. 1993.
- BERMUDES, Sérgio. O mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 78, v. 642, abr. 1989.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BORJA, Célio. O mandado de injunção e o *habeas data*. *Revista Forense*, n. 306, Rio de Janeiro, abr./jun. 1989.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. tomo I.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DANTAS, Ivo. *Novo Processo Constitucional Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, dominação e decisão*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FREIRE, Alexandre Reis. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. In: *O Direito no século XXI. Estudos em homenagem ao Ministro Edson Vidigal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2010.
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo Processo Civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Manual da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA FILHO, Derly Barreto e. Destinação e Utilidade do Mandado de Injunção. *Arquivo do Ministério da Justiça*. Brasília, DF, ano 44, n. 177, p. 131-138, jan./jun. 1991.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. *Revista Forense*, v. 306, Rio de Janeiro, abr./jun. 1989.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As novas garantias constitucionais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 78, v. 644, jun. 1989.