

A FINALIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Juiz Federal e Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Origem e razão de ser. 3. Características. 4. Finalidade. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Desde o advento do atual Texto Constitucional, promulgado em outubro de 1988, a lado das inovações introduzidas, várias questões surgiram, dentre elas a problemática atinente ao novo instituto do mandado de injunção, previsto no art. 5º, inc. LXXI. A despeito da existência de certo entendimento por parte de alguns juristas no sentido de que tal instituto não era auto-aplicável, apesar de servir de instrumento para solucionar as omissões legislativas, tal orientação foi prontamente rejeitada pela maioria esmagadora da doutrina, bem como pelo Poder Judiciário. Ao tratar do tema, Luís Roberto Barroso observou que *não faltou quem cultivasse a ironia de sustentar que o instituto, criado*

*precisamente para superar a paralisia resultante de normas constitucionais não auto-aplicáveis, não era em si auto-aplicável. Prevaleceu, no entanto, assim na doutrina como na jurisprudência, tese oposta, considerando-se o novo writ como garantia prontamente utilizável, regendo-se, conforme o caso, pelo procedimento do mandado de segurança (Lei nº 1.533/51) ou pelo procedimento ordinário do Código de Processo Civil.*¹ No mesmo sentido, pode ser lembrada a lição de Celso Agrícola Barbi, segundo a qual por se tratar de garantia fundamental, servindo para assegurar outros direitos constitucionais ameaçados em virtude da sua não efetivação por falta de norma regulamentadora, o mandado de injunção *pode ser requerido independentemente de regulamentação.*² Um dos argumentos utilizados para combater a auto-aplicabilidade do mandado de injunção era o da falta de procedimento previsto para tal instituto. Porém, a doutrina majoritária repeliu tal entendimento, ao considerar a possibilidade da adoção do procedimento comum ordinário previsto no Código de Processo Civil, ou a adoção do rito da ação mandamental, tal como estatuído na Lei nº 1.533/51. Note-se, inclusive, que o Superior Tribunal de Justiça adotou, expressamente, tal entendimento, ao prever a observância do Código de Processo e da Lei nº 1.533 para o mandado de injunção, no art. 216, de seu Regimento Interno, publicado do Diário de Justiça de 7 de julho de 1989.

Contudo, uma questão de mais alta indagação relativa ao instituto subsiste, qual seja a descoberta do objetivo, dos efetivos resultados que podem advir do julgamento do mandado de injunção. O presente trabalho não se presta a apontar soluções ou dirimir dúvidas acerca de tal aspecto, mas a servir de alerta para uma questão até hoje tão intrincada e não-solucionada: a omissão do legislador. É certo que, por se tratar do Órgão Jurisdicional de maior hierarquia dentro da organização político-judiciária do País, o Supremo Tribunal Federal é o maior intérprete da Constituição

¹ Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 2ª ed., 1993, pp. 176-177.

² Celso Agrícola Barbi, *Mandado de Injunção*, in *Revista de Processo* 61, p. 66.

Federal, dando a última palavra em matéria constitucional. Por ser o órgão de cúpula dentro da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, a orientação do Excelso Pretório, normalmente, é observada pelos demais Órgãos Jurisdicionais. De se notar, no entanto, que em virtude do princípio da independência jurídica dos juízes, o entendimento da mais Alta Corte não é vinculante, como regra, somente o sendo em hipóteses excepcionais, tal como acontece, por exemplo, na Ação Declaratória de Constitucionalidade. E, mesmo no que se refere à orientação existente acerca do objetivo do mandado de injunção, constata-se que houve uma alteração do mandado de injunção, constata-se que houve uma alteração no pensamento daquele Tribunal, nos últimos julgamentos proferidos em ações injuncionais. Será que há uma coincidência entre o entendimento atual do Supremo Tribunal e da maioria da doutrina e mesmo de outros Tribunais? Tais pontos serão objeto de análise e conclusões no transcorrer do trabalho.

2. ORIGEM E RAZÃO DE SER

Nas palavras de José Afonso da Silva, o mandado de injunção tem origem inglesa, tratando-se de instituto da *Equity* (Juízo de Equidade). *Ou seja, é um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando falta norma legal (statutis) regulando a espécie, e quando a Common Law não oferece proteção suficiente.*³ No sistema inglês, o juiz não pode criar norma de conduta do nada, e sim orientando-se conforme valores jurídicos existentes, tais como princípios gerais de direito, costumes, etc... A afirmação do citado jurista é confirmada pelo Professor Marcus Vinicius Americano da Costa que, em artigo publicado em revista especializada, assim se referiu: *A sua origem é inglesa (fim do século XIV) contendo uma ordem oriunda do tribunal para o Poder Público ou o particular fazer ou deixar de fazer, sob pena de prisão, cujo fundamento jurídico se lastreava na seara civil*

³ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., 1989, p. 386.

*coerente com os princípios da equidade (equity) para se obter correções de possíveis distorções no julgamento do Common Law.*⁴ Faz-se, também, referência ao *writ injunction* utilizado nos Estados Unidos, que abrange a proteção dos direitos da pessoa humana, imbuído do espírito de justiça e de igualdade, impedindo a violação de garantias.

Contudo, o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, ao cuidar do assunto, após se referir a Adhemar Ferreira Maciel, observa que o mandado de injunção tem sua origem no Direito Constitucional português, sendo *uma variação ou mesmo uma complementação da ação da inconstitucionalidade por omissão do Direito Constitucional português.*⁵ Por sua vez lembra, Luis Roberto Barroso, que *foi na República Federal da Alemanha que teve início o ciclo evolutivo da injunção do Poder Judiciário sobre o Legislativo, nos casos em que sua inércia obstaculizava o exercício de direitos fundamentais assegurados constitucionalmente*, já neste século.⁶

O certo é que a problemática, atinente à omissão legislativa, a ensejar o reconhecimento de inconstitucionalidade foi positivada, pela primeira vez, na Constituição de Portugal, de 2 de abril de 1976, sendo mantida na revisão de 1982.

E, qual é a razão, o motivo da implantação do mandado de injunção no ordenamento jurídico constitucional brasileiro?

Como bem ressalta o Professor Luís Roberto Barroso, *as diversas situações jurídicas subjetivas criadas pela Constituição seriam de ínfima valia se não houvesse meios adequados para garantir a concretização de seus efeitos. É preciso que existam órgãos, instrumentos e procedimentos capazes de fazer com que as normas jurídicas se transformem de exigências abstratas*

⁴ Marcus Vinicius Americano da Costa, *Mandado de Injunção*, in Revista dos Tribunais 682, pp. 31-32.

⁵ Carlos Mário da Silva Velloso, *Temas de Direito Público*, 1994, p. 170.

⁶ Barroso, *op. cit.*, pp. 158-159.

*dirigidas à vontade humana, em ações concretas.*⁷ Em tema de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais que não são tornadas eficazes por força da omissão legislativa, foi aventada a criação de instrumentos que pudessem corrigir as falhas existentes nas Constituições passadas, e tomando-se por base os modelos alienígenas, pensou-se em adotar os institutos da ação de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção.

Tal observação não passou despercebida de Michel Temer, que fez anotar que *as Constituições anteriores continham normas que demandavam legislação integrativa e regulamentadora. Inerte o legislador ordinário, tais normas jamais se tornavam operativas. ... Em razão dessa realidade do passado é que a Constituição de 1988 cria o mandado de injunção ao lado do controle de constitucionalidade por omissão.*⁸ A preocupação da Assembléia Nacional Constituinte foi a de fornecer instrumentos para possibilitar a eficácia imediata das normas garantidoras de direitos e liberdades constitucionais. José Afonso da Silva assinala que o Constituinte Lysâneas Maciel propôs dois institutos para se garantir o exercício de um direito social, sendo um deles aquele consubstanciado no art. 40: *Na falta de regulamentação para tornar eficaz a norma constitucional, o Ministério Público ou qualquer interessado poderá requerer ao Judiciário a aplicação do direito assegurado.*⁹

E, como menciona José da Silva Pacheco, *a visão do Constituinte era: (a) dar ao mandado de injunção o mesmo procedimento do mandado de segurança; (b) permitir que o juiz ou o tribunal competente assegurasse o direito constitucional e suprisse a lacuna, se existente.*¹⁰ No anteprojeto apresentado pelo Constituinte Darcy Pozza, havia a previsão do mandado de injunção como instrumento de *garantir direitos assegurados nesta*

⁷ Barroso, *op. cit.*, p. 115.

⁸ Michel Temer, *Elementos de Direito Constitucional*, 6ª ed., 1989, p. 209.

⁹ José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 389.

¹⁰ José da Silva Pacheco, *O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas*, 1990, p. 246.

*Constituição, não aplicados em razão da ausência de norma regulamentadora, podendo ser requerido em qualquer juízo ou tribunal, observadas as regras de competência da lei processual.*¹¹

Vê-se, assim, que a razão de ser da criação do novo instrumento foi viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, que dependem de norma regulamentadora ainda não editada. Tal conclusão, evidentemente, afasta a possibilidade de se pretender confundir as finalidades do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Enquanto nesta, o objetivo é dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias em determinado prazo, o mandado de injunção se destina a corrigir, em um determinado caso concreto, a omissão legislativa quanto aos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais dependentes de regulamentação estatal para serem operantes e eficazes.

3. CARACTERÍSTICAS

Basicamente, depreende-se da leitura do Texto Constitucional, que dois são os requisitos necessários à procedência do pedido injuncional: (a) a existência de um direito ou liberdade constitucional ou uma prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania; (b) a ineficácia desse direito, liberdade ou prerrogativa em razão da falta de norma regulamentadora. Como ressalta o Ministro Carlos Velloso, *muita vez um direito assegurado pela Constituição, em razão de omissão do legislador ordinário, torna-se inviável, inócuo. É que a integração desse direito à ordem jurídica depende de norma infraconstitucional.*¹²

Como se sabe, a atividade legislativa é eminentemente discricionária no que se refere à matéria que deverá ser regulada,

¹¹ José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 390.

¹² Velloso, *op. cit.*, p. 168.

ao momento adequado de sua regulamentação, bem como aos limites que devem ser impostos ao assunto legislado. Desse modo, a falta de regulamentação de determinados temas é circunstância normal, na maioria das vezes, inerente à própria atividade dos órgãos legislativos. *Normalmente, o legislador tem a faculdade - e não o dever - de legislar. Insere-se no âmbito próprio de sua discricionariedade a decisão acerca da edição ou não de uma norma jurídica. De regra, sua inércia não caracterizará um comportamento inconstitucional.*¹³

A noção de omissão legislativa e inconstitucional pode ser apreendida na hipótese em que há um descumprimento de norma constitucional que preveja a edição de norma infraconstitucional, regulamentadora de um direito, liberdade ou prerrogativa. Surge a inconstitucionalidade, e ela perdura sucessivamente no tempo enquanto o legislador continuar a se abster de adimplir o dever constitucional de conteúdo positivo. A orientação segundo a qual ao dever jurídico-constitucional de legislar não corresponde um direito à legislação deve ser refutada, hodiernamente, ao menos no sistema jurídico constitucional brasileiro, no que concerne aos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais. Daí a acertada conclusão de Luis Roberto Barroso, na direção que *ao Judiciário cabe sempre fazer prevalecer a Constituição, quer suprimindo os atos normativos com ela incompatíveis, quer suprimindo as omissões legislativas que embaraçam sua efetivação.*¹⁴

O objeto da ação injuncional é assegurar o exercício de: (a) qualquer direito assegurado constitucionalmente, e que dependa de regulamentação infraconstitucional; (b) qualquer liberdade constitucional não regulamentada; (c) qualquer prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A restrição feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho quanto à impossibilidade de aplicação do mandado de injunção na hipótese dos direitos sociais, não deve prevalecer, por se tratar de interpretação restritiva, não aplicável à espécie.

¹³ Barroso, *op. cit.*, p. 160-161.

¹⁴ Barroso, *op. cit.*, p. 167.

Outra característica importante deste instituto, tal como disciplinado pela nova ordem constitucional, diz respeito à concentração da competência jurisdicional em relação ao mandado de injunção. Com propriedade, a Constituição Federal atribuiu dita competência apenas aos Tribunais Superiores, justamente para evitar a existência de inúmeros comandos conflitantes, caso fosse possível o julgamento das ações propostas por magistrados de primeira instância, e mesmo tribunais inferiores. Daí, *evitando-se a dispersão por diferentes níveis de órgãos jurisdicionais, é possível manter uma uniformidade de critérios na integração das lacunas, prevenindo-se, por esta via, decisões conflitantes ou não-isonômicas.*¹⁵

Por fim, merece uma pequena referência acerca da noção da expressão *norma regulamentadora*, tal como inserida no art. 5º, inc. LXXI, do Texto Constitucional. Por norma regulamentadora deve-se entender todo comando ou medida que torne efetiva a norma constitucional, já que esta depende de lei ou de outra providência regulamentadora, sem a qual o direito, liberdade ou prerrogativa não se materializará. Daí a função do mandado de injunção: *fazer com que a norma constitucional seja aplicada em favor do impetrante, independentemente de regulamentação, e exatamente porque não foi regulamentada.*¹⁶

4. FINALIDADE

Antes de se proceder a análise específica da finalidade da ação injuncional, impende traçar algumas noções que a distinguem da ação de inconstitucionalidade por omissão, além da mera diferença topográfica (art. 5º, inc. LXXI, e art. 103, § 2º, ambos da Constituição Federal).

Nunca se admitiu, na tradição jurídica brasileira, a legitimação ativa ampla para ação direta de inconstitucionalidade. Na vigência

¹⁵ Barroso, *op. cit.*, p. 176.

¹⁶ José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 388.

da Emenda Constitucional nº 1/69, atribuía-se apenas ao Procurador Geral da República a legitimidade para oferecer representação por inconstitucionalidade (art. 119, inc. I). Com o advento da Carta Política de 1988, houve um aumento considerável do rol dos legitimados ativos para a ação de inconstitucionalidade (art. 103, *caput*), mas mesmo assim não é admissível que qualquer outra pessoa, fora da lista daquelas elencadas, possa propor a referida ação. Relativamente ao mandado de injunção, é legitimado ativo o titular do direito cuja operatividade e eficácia estão suspensas em razão da inexistência da norma regulamentadora. A distinção entre os dois institutos ainda pode ser feita levando em conta os efeitos *erga omnes* que advirão de eventual procedência do pedido contido em ação de inconstitucionalidade, por omissão, dado o caráter genérico e abstrato da decisão proferida, enquanto o julgamento do pedido injuncional só surte efeitos *inter partes*, não podendo servir para outras pessoas diversas do legitimado ativo. E, como consequência dessa última distinção, é forçoso o reconhecimento de que as finalidades dos institutos não são coincidentes, porquanto na ação de inconstitucionalidade, por omissão, o Supremo Tribunal Federal poderá dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências cabíveis. E, no mandado de injunção, incumbirá ao órgão jurisdicional formular, para a hipótese levada ao seu conhecimento, regra especial, ou determinar medida destinada a proteger o direito, liberdade ou prerrogativa do autor (ou impetrante) da ação injuncional. Além disso, na ação direta de inconstitucionalidade, o seu julgamento é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, enquanto na ação injuncional, a competência é atribuída ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais Superiores, dependendo da autoridade que se omitiu.

*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.*¹⁷

¹⁷ José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 388.

Aqui, portanto, atingimos o ponto crucial da problemática relativa à finalidade da ação injuncional. Celso Agrícola Barbi relaciona quatro possibilidades, que podem ser assim sintetizadas: (a) a imposição ao Poder Legislativo que elabore a lei regulamentadora; (b) a declaração da omissão do Poder Legislativo; (c) a criação, pelo juiz, de norma geral regulamentadora; (d) a criação pelo juiz de norma especial, *para o caso concreto do requerente do mandado de injunção*, ou a adoção de medida capaz de proteger o direito do autor/impetrante.¹⁸

Conforme bem observa José da Silva Pacheco, a finalidade de se obter uma decisão de advertência ao Poder Legislativo ou ao Poder Executivo, da necessidade da regulamentação, sobre tal direito, liberdade ou prerrogativa constitucional é justificada pelos argumentos segundo os quais aos juiz não é lícito fazer às vezes do legislador, incumbindo-lhe apenas aplicar as leis existentes.¹⁹ Contestando tal entendimento, o citado jurista explicita que é obrigação estatal o fornecimento de meios e instrumentos para que os cidadãos exerçam os seus direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, razão pela qual o óbice criado pelo próprio Estado não pode persistir, servindo o mandado de injunção como instrumento para suprir a lacuna legal. *Agora, no Brasil, sendo obrigatória a norma constitucional, pode o interessado pleitear, junto ao Judiciário, o mandado de injunção, com o objetivo de injungir, impor, obrigar, de modo injuntivo, imperativo, urgente o livre exercício do direito constitucional, no caso concreto submetido à sua apreciação, na hipótese de norma regulamentadora.*²⁰

Di Prieto, após citar várias opiniões sobre o assunto, conclui que *o mandado de injunção, como é interposto pelo próprio titular do direito, exige uma solução para o caso concreto, e não uma decisão com efeitos erga omnes. O Judiciário decidirá,*

¹⁸ Barbi, *op. cit.*, p. 65.

¹⁹ José da Silva Pacheco, *op. cit.*, p. 249.

²⁰ José da Silva Pacheco, *op. cit.*, p. 250.

*dizendo o conteúdo da norma que se aplicará ao caso concreto e que fará coisa julgada, insuscetível de ser alterada por norma legal ou regulamentar posterior.*²¹ Da mesma forma, Michel Temer considera que é tarefa do Poder Judiciário *a declaração do direito pleiteado, apesar da ausência da norma regulamentadora; no controle da inconstitucionalidade por omissão, comunica-se a omissão; no mandado de injunção, declara-se o direito.*²²

Celso Agrícola Barbi sustenta a inviabilidade da adoção da finalidade constante da letra (a) sob o argumento de que é inadmissível a possibilidade de se ferir a liberdade de que dispõe o Poder Legislativo, quanto ao processo legislativo, razão pela qual não pode haver ordem judicial para elaboração da lei pelo Poder Legislativo. No tocante à finalidade mencionada na letra (b) não haveria uma solução ao problema daquele que não teve o seu direito constitucional regulamentado. E há mais uma agravante que deve ser ressaltada, caso fosse adotada esta orientação: não se estaria observando o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, porquanto o titular do direito não-regulamentado continuaria a não ter satisfeito o interesse que o impulsionou a ingressar em juízo com o mandado de injunção. A terceira opção, qual seja a de elaborar uma norma geral e abstrata, teria o inconveniente de atuar fora dos limites subjetivos da ação mandamental, o que é vedado dada a natureza específica da função jurisdicional. Levando em conta o critério de exclusão, o referido autor faz sua opção pela finalidade do juiz elaborar uma norma para o caso concreto, ou adotar uma medida capaz de proteger o direito do demandante.

E complementa o citado jurista, mencionando que *essa solução está de acordo com a função tradicional da sentença, que é resolver o caso concreto levado ao Poder Judiciário, mas limitando a eficácia apenas a esse caso, sem pretender usar funções próprias de outro Poder.*²³

²¹ Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 4ª ed., 1994, p. 506.

²² Temer, *op. cit.*, pp. 209-210.

²³ Barbi, *op. cit.*, p. 65.

O Professor Marcus Vinicius Americano da Costa também é incisivo em não admitir a possibilidade do Órgão Jurisdicional elaborar norma geral, por força da colidência de tal conduta com o princípio constitucional de harmonia entre os Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário). A outra opção, aventada pela doutrina, consoante a qual o tribunal concederia prazo para que a norma fosse elaborada pelo órgão competente, também não é aceita pelo referido autor, que adota a solução no sentido do próprio Poder Judiciário definir a norma regulamentadora do preceito constitucional para o caso específico. Assim, *a introdução desse remédio no nosso Direito Constitucional, visa corrigir uma distorção jurídica a ser evidenciada nos ensinamentos propedêuticos da Teoria Geral do Direito, em especial na parte referente ao estudo das fontes e hierarquia das normas, pois inconcebível é uma regra legal situada no ápice da pirâmide normativa, como é a nossa Carta, pela falta absoluta de interesse, por comodidade ou ausência de iniciativa, ficar totalmente em estado de dependência de uma inferior na estrutura, a regulamentação que lhe deve acompanhar.*²⁴

Outro não é o entendimento do Ministro Carlos Velloso, consubstanciado no seguinte trecho:

... 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. Em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de trinta 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 da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou Tribunal, por força do próprio mandado de

²⁴ Costa, *op. cit.*, p. 33.

*injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável.*²⁵

Tal posicionamento também é defendido pelo Professor Luiz Roberto Barroso, para quem ... *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.*²⁶

Por fim, merece ser mencionada a opinião de José Afonso da Silva, no sentido de ser equivocada a tese defendida por alguns segundo a qual o mandado de injunção serviria para a expedição de norma regulamentadora, em termos gerais.

*Não é função do mandado de injunção pedir a expedição de norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão.*²⁷

Vê-se, portanto, que praticamente a totalidade daqueles que se preocupam com o assunto se posicionou na direção de admitir, como finalidade da ação injuncional, a obtenção de norma específica, para o caso concreto, em favor do autor/impetrante, desde que preenchidos os pressupostos indispensáveis à procedência do pedido.

Esse entendimento, contudo, não foi adotado pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, no julgamento do Mandado de Injunção nº 107-3-DF, em que foi Relator o Ministro Moreira Alves, foi dito que o mandado de injunção é ação *outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o art. 5º, LXXI, dos quais o exercício*

²⁵ Velloso, *op. cit.*, p. 171.

²⁶ Barroso, *op. cit.*, p. 179.

²⁷ José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 388.

está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e a ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. Na precisa observação do Ministro Carlos Velloso, isto quer dizer que o deferimento do mandado de injunção servirá apenas para a advertência ao órgão que, omitindo-se, viola a Constituição.²⁸

Tal posicionamento inicial à evidência, não poderia continuar a prevalecer, porquanto confundia as finalidades e resultados da ação de inconstitucionalidade por omissão do mandado de injunção, além de violar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Passado o momento inicial, a Corte Constitucional alterou sua posição, esposando nova orientação, conforme se observou no julgamento do Mandado de Injunção nº 283-5, em que foi relator o Ministro Sepúlveda Pertence.²⁹ Neste caso, o impetrante, invocando o disposto no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ou seja, o direito à reparação econômica por haver sido impedido de exercer sua atividade profissional específica em virtude das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica, *na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição*, obteve a declaração de

²⁸ Velloso, *op. cit.*, p. 173.

²⁹ V. o teor integral da ementa do julgado, in: *Temas de Direito Público*, Carlos Mário da Silva Velloso, pp. 173-174.

que o Governo Federal estava em mora no tocante à ordem de legislar tal como prevista constitucionalmente, tendo sido concedido um prazo de sessenta dias para a ultimação do processo legislativo, findo o qual o titular do direito poderia alcançar uma decisão judicial assecuratória do direito constitucional não regulamentado. Firmou-se, ainda, o entendimento de que, uma vez proferida a condenação da União, tal sentença não poderia ser atingida por lei posterior, salvo se mais benéfica.

Em seguida, no julgamento do Mandado de Injunção nº 284-3, o Supremo Tribunal entendeu desnecessária a comunicação ao Congresso Nacional, posto que já havia sido comunicado anteriormente da mora em legislar, permitindo o ajuizamento imediato da ação pertinente para assegurar o exercício do direito constitucional. A mesma orientação foi seguida no julgamento do Mandado de Injunção nº 232-1.

Apesar do avanço havido em relação à posição inicial, é de se reconhecer que não pode prevalecer a orientação de que o Supremo Tribunal Federal deva notificar o órgão legislativo ou executivo competente para editar a norma regulamentadora, viabilizadora do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional dependente de regulamentação.

Como lembra Derly Barreto e Silva Filho, *o princípio institucional regente das garantias fundamentais é a satisfação de direitos, e, não a expectativa deles*.³⁰ E, prossegue, mais adiante, ao anotar que *a utilidade do mandado de injunção está em investir concretamente o indivíduo em seus direitos*.

A quarta orientação interpretativa, referida por José da Silva Pacheco³¹, consoante a qual a finalidade da ação injuncional é a de, em conformidade com a sistemática introduzida pelo novo Texto Constitucional, viabilizar o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional não regulamentada, ao ser editada norma específica para o caso concreto, *levando em conta os fins*

³⁰ Derly Barreto e Silva Filho, *Destinação e utilidade do mandado de injunção*, in *Revista dos Tribunais*, p. 43.

³¹ Pacheco, *op. cit.*, p. 246.

sociais, as exigências do bem comum, e os princípios constitucionais e gerais do Direito, efetivamente é a correta, e aquela que deve ser adotada para a melhor e completa observância da Constituição.

5. CONCLUSÃO

Não poderíamos finalizar o trabalho sem acentuar a importância do instrumento constitucional consubstanciado no mandado de injunção, talvez uma das mais importantes e válidas criações da Constituição Federal de 1988. Na verdade, a ação injuncional é representativa da possibilidade de efetivação daqueles direitos, liberdades e prerrogativas inseridas no Texto Constitucional, dependente de regulamentação ou, nas palavras de Derly Barreto, *o mandado de injunção representa uma garantia de realização das promessas constitucionais*.³² Ora, assim, como ainda o é tradição do Poder Legislativo Nacional a omissão legislativa, mormente sobre assuntos tratados no texto da própria Constituição. Hoje, existem remédios constitucionais que podem ser acionados quando a omissão importar na impossibilidade do exercício desses direitos, liberdades e garantias constitucionais. E, em favor do cidadão, aparece o mandado de injunção, como ação cabível para assegurar a efetivação daquilo que lhe fora assegurado constitucionalmente. Sem sombra de dúvida, trata-se de uma fundamental inovação no sistema jurídico constitucional brasileiro.

Ao Poder Judiciário incumbe a tarefa de pôr em prática tal inovação. Como bem lembra Luis Roberto Barroso, *... em um Estado de direito, o intérprete maior das normas jurídicas de todos os graus e titular da competência de aplicá-las aos casos controvertidos é o Poder Judiciário. Não obstante, o seu papel tem sido exercido com certa timidez, mais por uma tradição que deita raízes no passado lusitano e na influência francesa, do que*

³² Derly Barreto, *op. cit.*, p. 45.

*propriamente por limitação do direito objetivo, constitucional ou ordinário.*³³

Imperiosa se faz a mudança de visão acerca das inovações introduzidas, mormente no que diz respeito à ação injuncional. É certo que, como visto, um grande passo foi dado. Contudo, subsiste um percurso ainda maior, a ser trilhado, viabilizando a efetivação do ideal de alcançarmos o estágio de uma sociedade livre, justa e solidária. Com efeito, a correta orientação acerca da finalidade do mandado de injunção deve ser alcançada após uma análise sistemática das causas e fundamentos da sua instituição, a existência de outro mecanismo para suprir a omissão legislativa em tese (caráter abstrato e geral, com efeitos *erga omnes*), bem como a verificação da sua compatibilidade com princípios constitucionais, como o da inafastabilidade do controle jurisdicional, não sendo permitido ao Poder Judiciário que deixe de apreciar qualquer questão submetida ao seu crivo sem lhe dar uma solução efetiva, e com mais razão, uma questão constitucional, dada a relevância e importância da matéria alcançada na Constituição Federal.

À ineficiência do Poder Legislativo, e mesmo do Poder Executivo, em cuidar de certos assuntos constitucionais, deve corresponder, na mesma proporção, o direito do cidadão obter do Poder Judiciário a resposta imediata e efetiva, sob pena de continuarmos na mesma sistemática anterior ao advento da Carta Política de 1988. O fundamento básico do mandado de injunção é justamente a falta de providências do Governo em determinados setores de atuação, acarretando a inoperatividade das normas constitucionais garantidoras de direitos, liberdades e prerrogativas individuais. A ação injuncional serve, então, como meio de viabilização do exercício de tais direitos, liberdades ou prerrogativas *sem que haja atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo*.

A conclusão a que se chega, por conseguinte, é a de que a finalidade do mandado de injunção é o de se obter a tutela

³³ Barroso, *op. cit.*, p. 119.

jurisdicional assecuratória do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional não-regulamentado, através da edição de norma específica para o caso concreto, surtindo efeitos *inter partes*.

6. BIBLIOGRAFIA

BARBI, Celso Agrícola. *Mandado de Injunção*, in: Revista de Processo 61, Revista dos Tribunais, jan./mar. 1991, 320 p.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2ª ed., 1993, 429 p.

COSTA, Marcus Vinicius Americano da. in: Revista dos Tribunais 682, RT, agosto de 1992, 431 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 4ª ed., 1994, 567 p.

PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, 378 p.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Destinação e utilidade do mandado de injunção*, in: Revista dos Tribunais 673, RT, novembro de 1991, 416 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 5ª ed., 1989, 792 p.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 6ª ed., 1989, 216 p.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. *Temas de Direito Público*, Belo Horizonte, Del Rey, 1994, 352 p.