

MANDADO DE INJUNÇÃO, PROVIMENTO JUDICIAL E A GARANTIA DO EXERCÍCIO DE DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADOS

DOMITILA DUARTE ALVES¹

SHIRLEY ALONSO RODRIGUES SILVERIO LOPES²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a natureza jurídica do provimento jurisdicional e as diversas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais de acordo com as finalidades do instituto, citando decisões do Supremo Tribunal Federal e críticas doutrinárias.

Palavras-chave: Mandado de Injunção. Provimento Judicial.

1 INTRODUÇÃO

O Mandado de Injunção é o instrumento judicial que visa garantir o exercício de direito constitucionalmente assegurado.

Existem diferentes posicionamentos doutrinários quanto ao provimento jurisdicional no Mandado de Injunção para que o instituto atinja sua finalidade, qual seja: garantir o exercício de direitos constitucionais assegurados e não aplicados por falta de norma regulamentadora.

A discussão jurisprudencial e doutrinária surge quando tratamos do tipo de provimento jurisdicional e sua natureza. Como deve ser o provimento jurisdicional no mandado de injunção, deve o Judiciário editar a norma regulamentadora resolvendo o caso

¹ Procuradora Nível III do Município de Diadema. Aluna de pós graduação em Direito Ambiental.

² Procuradora Nível Iv do Município de Diadema. Especialista em Direito Público

concreto, deve apenas declarar a omissão ou deve cientificar o órgão competente para editar a norma regulamentadora. De acordo com a finalidade alcançada, podemos classificar a natureza do provimento jurisdicional em: declaratória, condenatória, constitutiva ou mandamental.

Durante o trabalho abordamos diferentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, os prós e contras de cada corrente doutrinária, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

2 MANDADO DE INJUNÇÃO, PROVIMENTO JUDICIAL E A GARANTIA DO EXERCÍCIO DE DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADOS

O Mandado de Injunção é um instrumento que possibilita judicialmente pleitear o exercício de direito constitucionalmente assegurado.

Como o Judiciário através do provimento judicial poderá vir a viabilizar o exercício de direito subjetivo constitucionalmente garantido?

JOSÉ DA SILVA PACHECO³ vislumbra cinco tipos diferentes de interpretações das finalidades do instituto :

- “1ª) criar a norma omissa, substituindo a competência do órgão competente para fazê-lo;*
- 2ª) obter a ordem ou mandamento para o órgão competente para baixar a norma, inclusive ao Poder Legislativo, a fim de que elabore e baixe o ato regulamentador;*
- 3ª) ser instrumento de prolação de sentença declaratória de omissão ou condenatória de obrigação de fazer, sujeita à execução comum;*
- 4ª) ser instrumento para obter do juiz decisão para proteger o direito reclamado, levando em conta os fins sociais, as exigências do bem comum e os princípios constitucionais e gerais do direito;*
- 5ª) Combinando a 2ª e a 4ª, propõe que o órgão competente baixe a norma em curto prazo, ciente de que, se não o fizer, o juiz julgará o caso concreto submetido à sua apreciação.”*

LUIZ CESAR DE SOUZA QUEIROZ⁴ enuncia, conforme as interpretações existentes, diversas naturezas ao mandado de injunção :

- a) natureza declaratória : identificando o mandado de injunção com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão;*

³ O mandado de Segurança e outras ações constitucionais típicas, p. 290-291

⁴ Mandado de Injunção e inconstitucionalidade por omissão. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* - IBDC, São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 23, p. 210-211, abr./jun., 1998.

b) natureza condenatória : cabendo ao Poder Judiciário conceder diretamente aquele direito pretendido;

c) natureza constitutiva : tendo por objeto a criação, para o caso concreto, de norma regulamentadora necessária à viabilização do exercício do direito, de que seja titular o impetrante;

d) natureza mandamental : devendo o Poder Judiciário dar ciência ao Poder ou órgão omissos que se encontra em mora para que adote as providências necessárias".

Dúvidas não faltam à respeito de como o Mandado de Injunção poderia alcançar a sua finalidade: se editando norma, se resolvendo o caso concreto, se apenas declarando a omissão, ou se cientificando o órgão competente para que edite a norma regulamentadora.

Inicialmente o STF entendeu que a decisão que reconhecia a omissão inconstitucional, em mandado de injunção, deveria somente comunicar a mora ao órgão omissos (MI 107) equiparando o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, pois o Mandado de Injunção, neste entendimento do STF, seria uma ação mandamental. O que diferenciaria esta ação da Ação Direta de inconstitucionalidade por Omissão seria a possibilidade, em se tratando de direito constitucional oponível contra o Estado, da suspensão de processos judiciais e administrativos que poderiam acarretar dano ao autor devido à inexistência de norma regulamentadora.

Cumpra transcrever a ementa deste Acórdão⁵:

"Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, inciso LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentar, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora regulamentar por parte do Poder, órgão ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, a semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º da Carta Magna)", e de que se determine 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."

No entanto, ciente o órgão omissos da mora e não tendo tomado nenhuma atitude, o Supremo passou a conceder prazo ao órgão, e, decorrido o tempo sem nenhuma providência, o direito seria colhido pelo interessado (MI 232), com isso, deixa claro que a sentença em Mandado de Injunção não poderia ser meramente declaratória.

⁵ RTJ 135/01

O entendimento final do STF tem sido no sentido de, diante da omissão, fixar um prazo para o órgão competente suprir a mora, se não cumprida o STF reconheceu ao impetrante "a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrarem, bem como declara que prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável (MI 283).

Conforme nos ensina José Afonso da Silva⁶, o impetrante para satisfazer o seu direito teria que ingressar com duas ações, uma, a do Mandado de Injunção, com o objetivo de conseguir a regulamentação necessária para o exercício do seu direito e posteriormente, ao conseguir a regulamentação, ingressar com outra ação para concretizar o seu direito.

O fato do provimento judicial segundo o STF autorizar o impetrante a ajuizar uma ação de indenização contra a União, não significaria uma composição, uma solução da lide e sim a transferência pelo STF ao juiz de primeiro grau para a fixação de indenização, o que deveria ser feita através de outra ação, esvaziando o conteúdo e o objetivo do Mandado de Injunção.

Quanto à indenização, devemos lembrar que há situações em que não interessa ao indivíduo uma retribuição pecuniária pela inação do Estado. Portanto, nem tudo pode ser resolvido pecuniariamente.

Há, entretanto, direitos que não podem, pela via da injunção, ter seu exercício viabilizado. Nestes casos de impossibilidade de concreção pelo Judiciário, é compreensível a propositura da ação indenizatória contra a União Federal.

O que se objetiva com o Mandado de Injunção é que as disposições constitucionais que conferem direitos aos indivíduos não sejam tolhidos pelo legislador ordinário, pois assim sendo, o conteúdo e a efetividade da Constituição estaria nas mãos do legislador ordinário.

A posição que vem recebendo maior aceitação no campo doutrinário é a que o Poder Judiciário, verificada a omissão, deve viabilizar o exercício do direito, liberdade ou prerrogativas constitucionais removendo os obstáculos existentes na ausência de

⁶ Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 428

regulamentação e formulando preceitos a serem observados para a efetivação da norma constitucional no caso concreto, sem estender a regulamentação para casos análogos.

Dentro desta corrente há os que entendem que o órgão jurisdicional não determinaria que o obrigado procedesse a satisfação da norma recém-dotada de eficácia plena, devendo o impetrante valer-se de um outro processo para concretizar a tutela do direito. E os que entendem que o órgão julgador deveria determinar que o obrigado satisfizesse o direito subjetivo do impetrante, por economia processual.

Importante transcrever as seguintes considerações de José Carlos Barbosa Moreira⁷:

"Penso que por meio dele (o mandado de injunção) se pode pleitear e, eventualmente, conseguir que o Poder Judiciário pelo seu órgão competente, primeiro formule a regra que complementa, que supra aquela lacuna do ordenamento; e, em seguida, sem solução de continuidade, esse mesmo órgão aplique a norma ao caso concreto do impetrante, isto é, profira uma decisão capaz de tutelar, em caso concreto, aquele direito, aquela liberdade constitucional ou aquela prerrogativa inerente à cidadania, à nacionalidade ou à soberania, mediante, por exemplo, uma ordem de fazer ou não fazer, conforme o caso, dirigida a pessoa física ou jurídica, de direito privado ou de direito público, que estivesse resistindo ao exercício do direito, da liberdade, da prerrogativa, diante da falta de norma regulamentadora."

Essa solução é adotada em dois projetos de lei e no campo jurisprudencial, foi o entendimento adotado pelo ministro Carlos Velloso em julgamento de mandado de injunção impetrado para viabilizar o direito contido no artigo 8º, § 3º do ADCT. Em seu voto, primeiramente o Ministro operou a regulamentação de como o impetrante poderia exercer o direito e posteriormente determinou a expedição de notificação à União Federal e a Previdência Social, para concessão dos benefícios nos termos expostos, considerando que essa notificação conteria uma obrigação de fazer.

As principais críticas que vêm sendo postas a esta corrente residem no risco ao princípio da isonomia e da segurança jurídica em razão da regulamentação ocorrer apenas para o caso concreto.

Segundo Vicente Greco Filho⁸:

"O mandado de injunção, quando a falta de norma regulamentadora for do Presidente da República, da Câmara, do Senado ou do Congresso, é de competência originária do STF. Ora, esse tribunal, com as funções de guardião da Constituição, não poderá, individualmente a cada brasileiro, atribuir direitos trabalhistas, sociais, ou mesmo os ligados à cidadania."

⁷ Mandado de Injunção, p.115

⁸ Tutela Constitucional das liberdades, p. 182

Seria inviável pensar-se em milhões de mandado de injunção perante o STF, um para cada cidadão. Sua função, portanto, deverá ser genérica, de modo a atingir todos aqueles que estejam na situação trazida ao conhecimento pelo primeiro, e que deverá ser o único, mandado de injunção sobre o tema."

A corrente mais ampliativa do Poder Judiciário interpreta que a decisão proferida pelo Poder Judiciário deve regulamentar o modo do exercício do direito com eficácia "erga omnes". Portanto, a decisão do mandado de injunção será estendido a todas as pessoas que estiveram na mesma situação do impetrante.

Os críticos dessa corrente expõe que as normas adotadas de caráter genérico são de função precípua do Poder Legislativo não podendo ser usurpada pelo Poder Judiciário.

Segundo José Afonso da Silva :⁹

" É equivocada, a tese daqueles que acham que o julgamento do mandado de Injunção visa a expedição da norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de regulamentação, dando a esse remédio o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão. Isso quer apenas dizer que o mandado de injunção não passaria de ação direta de inconstitucionalidade por omissão subsidiária, a dizer: como os titulares dessa ação (art.103) se omitiram no seu exercício, então fica deferido a qualquer interessado o direito de utilizar o procedimento injuncional para obter aquilo que primeiramente ocorria àqueles titulares buscar. A tese é errônea e absurda".

Se na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não pode o STF determinar prazo para o Congresso legislar, muito menos, no Mandado de Injunção, pois a ação constitucional visa uma solução para o caso concreto.

O Judiciário ao ser chamado para resolver esse tipo de questão, segundo alguns juristas, deveria criar para o caso concreto, para a parte que reivindica a norma regulamentadora, condições para que o direito seja gozado. Para tanto, deveria criar uma norma para a situação 'sub judice'. Não é possível obrigar o legislador a atuar, mas é possível viabilizar o direito dado pela Constituição.

É lição de Clémerson¹⁰:

"Parece acertado, todavia, dizer que o Mandado de Injunção autoriza o Judiciário a remover os obstáculos ao exercício do direito constitucional. Neste caso, o órgão jurisdicional não irá propriamente exercer função normativa genérica, mas, sim, possibilitar ao impetrante, caso mereça procedência a sua pretensão, afinal, o gozo do direito não exercitado em face da falta de norma regulamentadora. A norma jurídica individual criada pelo Judiciário não seria diferente das normas jurídicas concretas

⁹ Curso de direito constitucional brasileiro, p.428

¹⁰ Clémerson Merlin Cléve. A Fiscalização Abstrata da Constituição no Direito Brasileiro, p. 254

veiculadas por qualquer decisão judicial. O papel do Judiciário, então, não seria o de legislar, mas o de aplicar o direito ao caso concreto, revelando-se a normatividade já inscrita no dispositivo constitucional e removendo eventuais obstáculos à sua efetividade."

Os juristas que se posicionam de forma contrária a possibilidade do Mandado de Injunção criar uma norma com validade apenas para o caso concreto, para o exercício de direito constitucional baseiam-se em dois argumentos:

Um argumento refere-se ao princípio constitucional da separação dos poderes, que impossibilitaria ao Poder Judiciário legislar por ser competência constitucional do Poder Legislativo, não podendo um Poder interferir na seara do outro.

Em relação a este argumento, os defensores da tese de que o Judiciário poderia criar uma norma para a situação 'sub judice' no caso da omissão do órgão competente, utilizam o argumento de que a divisão de poderes constitucional não é rígida.

A Constituição atual adotou um sistema de freios e contrapesos com o objetivo de corrigir a radical separação de poderes.

Há inúmeros mecanismos de interferência entre os poderes, mecanismos estes não apenas permitidos mais necessários. Como exemplo, poderíamos citar a ratificação pelo Legislativo de tratados celebrados pelo Executivo ou o veto através da qual o Executivo participa da criação das leis, dentre outros exemplos existentes no texto constitucional.

Na verdade, para os defensores dessa tese não existe uma divisão rígida entre os poderes, mas sim uma divisão constitucional de competências entre os órgãos, podendo existir a interferência de um Poder na seara do outro somente com a devida permissão constitucional. Foi exatamente esta a intenção do constituinte no Mandado de Injunção, ou seja para dar efetividade ao direito constitucional garantido, o Poder Judiciário poderá dentro de uma função atípica por ele exercida em virtude da possibilidade aberta pelo Mandado de Injunção, criar norma para determinado caso com o objetivo de suprir as omissões constitucionais.

Outro argumento utilizado pelos doutrinadores e juristas que não conferem esta possibilidade ao Mandado de Injunção é a violação ao princípio da legalidade, pois ao se criar um direito para um, cria-se também uma obrigação para outro indivíduo.

Segundo os partidários da posição contrária não há limites à atividade do poder constituinte originário, o legislador constituinte pode tudo, exemplo disso pode ser dado pelas Medidas Provisórias, as quais foi conferida pelo legislador constituinte a força de lei.

O legislador constituinte inovou abrindo uma exceção ao princípio da legalidade. Os defensores da tese que conferem ao Poder Judiciário diante do Mandado de Injunção a possibilidade de elaborar norma regulamentadora faltante, suprindo omissão do legislador, entendem que o mesmo ocorreu no caso do Mandado de Injunção, abriu-se uma exceção ao princípio da legalidade, com o objetivo de integrar normas constitucionais conferidoras de direitos, pois se assim não ocorresse, estaria esvaziada a finalidade do Mandado de Injunção, uma vez que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão já tem por objetivo declarar a inconstitucionalidade em tese das omissões legislativas.

Há uma terceira corrente que entende que cabe ao Judiciário, ao conceder a Injunção, tornar viável, no caso concreto, o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que se encontra obstado por falta de norma regulamentadora, podendo enfrentar as lacunas constitucionais desvendando normas implícitas no sistema jurídico e recorrendo a demais fontes do ordenamento como, analogia, princípios gerais do direito, costumes e equidade, a fim de criar normas jurídicas individuais válidas para o caso concreto, efetuando o preenchimento de lacunas. Assim, no Mandado de Injunção, a decisão judicial preenche, mas não elimina a lacuna no sistema jurídico. A eliminação da lacuna, via de regra, é tarefa do Poder Legislativo, quando da elaboração de uma norma jurídica, geral e abstrata, faltante.

Não podemos imaginar que a finalidade do Mandado de Injunção seja a integração de lacunas, pois no Mandado de Injunção existe norma jurídica prevendo o direito, todavia, de inviável efetivação. A função do juiz é determinar como o direito constitucionalmente garantido pode ser exercido pelo impetrante.

3 CONCLUSÃO

O Mandado de Injunção é um instituto de tutela do direito subjetivo, previsto no Texto Constitucional de 1988 de forma inédita (artigo 5º, LXXI) e está condicionado a dois requisitos:

1. falta de norma regulamentadora

2. inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais buscam interpretar a finalidade do Mandado de Injunção. Destacam-se três teses:

1. Ao conceder o Mandado de Injunção cabe ao Poder Judiciário elaborar a norma regulamentadora faltante, suprimindo a omissão do legislador.

2. Na concessão do Mandado de Injunção o Poder Judiciário deverá declarar a omissão e dar ciência ao órgão competente para a adoção das providências necessárias.

3. Cabe ao Judiciário tornar viável através do Mandado de Injunção, no caso concreto, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que se encontrar obstado por falta de norma, impedindo o esvaziamento dos direitos fundamentais.

Esta primeira corrente não pode ser admitida, pois converte o Mandado de Injunção de instrumento de tutela do direito subjetivo para tutela do direito objetivo e afronta o princípio da tripartição dos Poderes.

A segunda alternativa daria ao mandado de injunção finalidade idêntica a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

A terceira corrente é a que mais coaduna com o sentido constitucional do Mandado de Injunção, pois cabe ao Judiciário tornar viável através do Mandado de Injunção, no caso concreto, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que se encontrar obstado por falta de norma, impedindo o esvaziamento dos direitos fundamentais.

Cabe ao Poder legislativo a elaboração de normas jurídicas gerais e abstratas e ao Poder Judiciário frente a lacuna no ordenamento jurídico preenche-la utilizando-se de normas implícitas no ordenamento jurídico e nas demais fontes do direito.

Portanto, cabe ao Judiciário através do Mandado de Injunção preencher a lacuna no ordenamento e ao Legislativo eliminar a lacuna, regulamentando direitos constitucionais.

A jurisprudência através de suas decisões tem demonstrado que este instrumento aplicado e interpretado dentro do objetivo em que foi criado é um grande instrumento para dar efetividade e eficácia aos direitos assegurados de forma ampla no texto constitucional, em especial aos direitos de cunho coletivo e difuso, sendo responsável por uma justiça

distributiva para a constituição de uma sociedade de bem-estar, que possui como parâmetro direitos e garantias fundamentais.

4 BIBLIOGRAFIA

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Revista de Processo, v. 14, nº 56, p. 110-121, out./dez. 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 1989.

BERMUDES, Sérgio. **O mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 642, p.21-25, abril 1989.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *Fiscalização abstrata da constitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2ª ed. ver. .amp. São Paulo. Celso Bastos Editor, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Editora Atlas S/A, 1999.

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1978.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1995.

_____. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA PACHECO, José da. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SOUZA QUEIROZ, Luiz Cesar de. **Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – IBDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 210 – 211, abril/junho, 1998.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.