



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos de mandado de injunção. Da teoria não concretista à teoria concretista.

THAÍLA RÉDUA PESTANA DIAS

Rio de Janeiro
2016

THAÍLA RÉDUA PESTANA DIAS

Evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos de mandado de injunção. Da teoria não concretista à teoria concretista.

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2016

EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS JULGAMENTOS DE MANDADO DE INJUNÇÃO. DA TEORIA NÃO CONCRETISTA À TEORIA CONCRETISTA.

Thaíla Rédua Pestana Dias

Graduada pela Universidade Federal Fluminense.
Servidora Pública do Estado do Rio de Janeiro.
Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

Resumo: A Constituição estabelece a organização do Estado, pois é dela que se fundamentam as normas que regulam o país como um todo. Fazendo alusão ao modelo piramidal trazido por Hans Kelsen, podemos afirmar que a Carta Magna encontra-se no topo do ordenamento jurídico de um país. Assim, para que seja dada legitimidade à Constituição se faz necessária a criação de mecanismos que certifiquem a conformidade entre as normas infraconstitucionais e a Lei Maior. Dessa forma, surge o controle de constitucionalidade e, como consequência, a jurisdição constitucional. Além disso, a Constituição por ser um conjunto de normas que visa à perenidade, traz em seu texto alguns comandos que necessitam ser complementados para que haja a plena efetividade constitucional, almejada pelo constituinte originário. Logo, a própria Carta Magna trouxe em seu texto formas de interferência do poder judiciário no legislativo a fim de que o primeiro obrigue o segundo a criar leis que visem à complementação ou regulamentação de determinadas normas constitucionais. Para que se possa entender de forma completa tal instituto é necessário buscar suas raízes históricas, para tanto é importante estudar o Controle de Constitucionalidade exercido em outros países para que fique claro como funciona o nosso ordenamento como um todo. Além disso, é necessário o estudo da evolução da jurisprudência do Mandado de Injunção no Brasil, a fim de que se possa verificar como está ocorrendo a atuação do Poder Judiciário em relação à inércia na regulamentação das normas constitucionais. Por fim, é necessário o estudo da legitimidade do Poder Judiciário em suprir as lacunas deixadas pelo legislador, quais mecanismos são utilizados por aquele poder a fim de garantir os anseios populares. O presente estudo busca analisar a funcionalidade do mandado de injunção que se perfaz como um dos instrumentos do controle de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Mandado de Injunção. Evolução doutrinária. Teoria não concretista. Teoria concretista.

Sumário: Introdução. 1. Controle de constitucionalidade no direito comparado. 2. Controle de constitucionalidade no Brasil. 2.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2.1.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. 2.1.2.

Mandado de Injunção. 3. Evolução do posicionamento do Supremo. 4. Questão Política. 5. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo a análise da funcionalidade do mandado de injunção e sua eficácia em nosso ordenamento jurídico.

Para se delinear a evolução acerca do tema em voga, fez-se imprescindível o exame percunciente dos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. Destarte, ganhou relevo como instrumento de pesquisa a jurisprudência da Colenda Corte e os entendimentos perfilhados por esta em diversas oportunidades.

Nesse diapasão, com vistas a propiciar uma melhor compreensão do tema, foram abordadas as posições jurisprudenciais e doutrinárias sobre a questão, de modo a permitir a reflexão acerca da real funcionalidade deste instrumento.

O primeiro capítulo do presente trabalho apresenta uma exposição sumária sobre o controle de constitucionalidade à luz do direito comparado. Ressaltou-se o posicionamento perfilhado pelo direito francês e norte-americano.

Já no segundo capítulo, abordou-se o controle de constitucionalidade no Brasil, oportunidade em que testilhou sobre a teoria não concretista e a concretista.

O terceiro capítulo destinou-se à perquirição dos arestos produzidos pela Suprema Corte. Neste momento, aproveitou-se para traçar a evolução jurisprudencial e suscitar as questões políticas imiscuídas ao tema.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e adotará a metodologia bibliográfica e a jurisprudência dos Tribunais Extraordinários.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO

Na França, o controle de constitucionalidade das normas é feito preventivamente por um Conselho Constitucional, ou seja, as leis são enviadas a esse conselho para que os seus membros possam declarar ou não a constitucionalidade da norma em questão.

Em solo pátrio esse controle de constitucionalidade é feito pelas comissões de Constituição e Justiça do Congresso Nacional, por exemplo:

Surgem as Cortes Constitucionais, ao lado da trindade dos Poderes, com a função de aferir a fidelidade das leis aos textos constitucionais, com maior e menor elastério, dependendo do lugar.¹

No entanto, vale mencionar que o magistrado na França somente aplica as leis ao caso concreto em análise, não cabendo, portanto, a verificação de constitucionalidade da norma ao juiz togado, pois o Guardião da Constituição daquele país é o *Conseil Constitutionnel* (Conselho Constitucional).

No modelo americano, a maioria dos doutrinadores defende que o controle difuso de constitucionalidade nasceu nos Estados Unidos da América, mais especificamente no *Leading Case*: *Marbury vs. Madison*.

No controle difuso de constitucionalidade todos os magistrados possuem competência para avaliar a constitucionalidade de determinada norma em face do Texto Maior, ou seja, o juiz antes de aplicar a norma a determinado caso deverá avaliar se a norma preenche os requisitos constitucionais tanto materialmente quanto formalmente, para só depois aplicá-la ao caso concreto.

Portanto, no modelo americano todos os juízes possuem competência para avaliar a constitucionalidade de uma lei em face à Carta Magna, como também acontece no Brasil.

¹ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*, 3ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

Vale frisar que como a constitucionalidade da lei nesse caso só é analisada pelo Juízo na causa de pedir ela não faz coisa julgada, ao contrário do que acontece no controle concentrado.

No entanto, ao contrário do que acontece no Brasil, o modelo norte-americano não utiliza o controle abstrato das normas infraconstitucionais, como se pode verificar no *Leading Case Muskrat vs. United States* (1911):

O Poder Judiciário tem competência para julgar disputas atuais que se promovam entre litigantes diversos. O direito de declarar inconstitucionalidade das leis surge porque uma delas, invocada por uma das partes como fundamento do seu direito, está em conflito com a lei fundamental. Essa faculdade, que é o dever mais importante e dedicado da Corte, não lhe é atribuída como um poder de revisão da obra legislativa, mas porque os direitos dos litigantes nas controvérsias de natureza judicial requerem que a Corte opte entre a lei fundamental e a outra, elaborada pelo Congresso na suposição de estar em consonância com sua experiência constitucional, mas que, na verdade, exorbita do poder conferido ao ramo legislativo do governo. Essa tentativa para conseguir a declaração judicial de validade da lei elaborada pelo Congresso não se apresenta, na hipótese, em um caso ou controvérsia, a cuja apreciação está limitada a jurisdição desta Corte, segundo a lei suprema dos Estados Unidos.²

A doutrina clássica acredita que o controle concentrado das normas nasceu na Constituição Austríaca de 1920, já que nesse ordenamento o Tribunal Constitucional detém a competência exclusiva para avaliar a constitucionalidade das normas infraconstitucionais e os demais juízes não possuem tal competência.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O Ministro Gilmar Mendes afirma que:

Assim como os países ibero-americanos em geral, a jurisdição constitucional brasileira foi construída num ambiente constitucional democrático e republicano, apesar das interrupções causadas pelos regimes autoritários. Se as influências do modelo difuso de origem norte-americana foram decisivas para a adoção inicial de um sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral, o desenvolvimento das instituições democráticas acabou resultando num peculiar sistema de jurisdição constitucional, cujo desenho e

² ESTADOS UNIDOS, *Supreme Court, Muskrat vs. United States* apud COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988, 1999, p. 81*

organização reúnem, de forma híbrida, características marcantes de ambos os clássicos modelos de controle de constitucionalidade.³

O modelo brasileiro consagra todos os sistemas supramencionados, ou seja, existe o controle preventivo, concreto, abstrato e, ainda, prevê o controle de inconstitucionalidade por omissão legislativa.

O controle preventivo é exercido pelo Legislativo através das Comissões de Constituição e Justiça, que avaliam a compatibilidade do projeto de lei com a Carta Magna, bem como pelo Poder Executivo através do veto jurídico (art. 66, §1º, da Constituição Federal)⁴.

No controle constitucional difuso, todos os juízes detêm competência, *incidenter tantum*, para analisar a constitucionalidade da lei, conforme ocorre no sistema norte-americano.

Vale mencionar que nos tribunais, a inconstitucionalidade só poderá ser declarada pela maioria absoluta dos membros dos tribunais, ou dos integrantes de órgão especial, a isso se dá o nome de reserva de plenário⁵.

O controle concentrado brasileiro é realizado através da ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, *a*, CF)⁶, ação direta de inconstitucionalidade por omissão

³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acessado em 08 set. 2016. Art 66 § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acessado em 08 set. 2016. Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acessado em 08 set. 2016. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

(art. 103, §2º, CF) ⁷e ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, in fine, CF), sendo julgado unicamente pelo Supremo Tribunal Federal.

2.1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E MANDADO DE INJUNÇÃO

A Constituição prevê inúmeras garantias e direitos que, muitas vezes, dependem de regulamentação legislativa. Ocorre que, por vezes, essas leis não são editadas. Quando o legislador permanece inerte, o texto constitucional deixa de ter o alcance pretendido, de forma que, em última análise, configura-se uma afronta à Lei Maior.

Ressalte-se, ainda, que a simples existência de lei regulando dispositivo da Lei Maior não significa, necessariamente, que as disposições constitucionais terão sua eficácia plena. Assim, se a questão estiver apenas parcialmente regulamentada, de modo a não permitir uma plena efetividade do texto constitucional, falaremos, também, em inconstitucionalidade por omissão.

Hodiernamente, no Brasil, há dois mecanismos que têm por objeto controlar as omissões legislativas. O primeiro deles pode ser enquadrado no rol do controle de constitucionalidade concentrado e o segundo pode ser classificado como garantia individual.

2.1.1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acessado em 08 set. 2016. Art. 103 §2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Como as demais formas de controle concentrado, há um rol taxativo de legitimados previsto no artigo 103 da Constituição; efeitos *erga omnes*; a inconstitucionalidade como objetivo principal da ação e análise em abstrato do texto legal.

Em se tratando de órgão administrativo, será determinado que empreenda as medidas reclamadas no prazo de trinta dias, não existindo prazo legalmente ou constitucionalmente escrito para que o poder legislativo exerça a sua obrigação constitucional de regulamentar o mandamento constitucional que necessita de complementação.⁸

De acordo com o Ministro Gilmar Mendes:

Enquanto a sanção e o veto estão disciplinados, de forma relativamente precisa, no texto constitucional, inclusive no que concerne a prazos (art. 66), a deliberação não mereceu do constituinte, no tocante a esse aspecto, uma disciplina mais minuciosa. Ressalvada a hipótese de utilização do procedimento abreviado previsto no art. 64, §§ 1º e 2º, da Constituição, não se estabeleceram prazos para a apreciação dos projetos de lei. Observe-se que, mesmo nos casos desse procedimento abreviado, não há garantia quanto à aprovação dentro de determinado prazo, uma vez que o modelo de processo legislativo estabelecido pela Constituição não contempla a aprovação por decurso de prazo.⁹

Vale frisar que a ação em comento não é objeto de análise do presente trabalho, por essa razão não há por que se alongar em explicações sobre a referida ação constitucional.

2.1.2. MANDADO DE INJUNÇÃO

Trata-se de remédio constitucional previsto no artigo 5º, LXXI, através do qual o impetrante busca assegurar um direito que foi contemplado na Constituição apenas de forma superficial, como se pode observar no inciso transcrito abaixo:

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

Logo, a norma necessita de complementação legislativa infraconstitucional para que possa gozar de eficácia plena.

Impende mencionar que só é cabível a utilização do Mandado de Injunção quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1184.

⁹ *Ibidem.*, p. 1186.

constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Caso a falta de norma regulamentadora não inviabilize os direitos mencionados, não é cabível o Mandado de Injunção.

A doutrina classificou esse tipo de norma constitucional como “normas não auto-executáveis”, como bem explica o Ministro Gilmar Mendes:

Tendo em conta, igualmente a sua eficácia e aplicabilidade, consideram-se auto-executáveis as disposições constitucionais bastantes sem si, completas e suficientemente precisas na sua hipótese de incidência e na sua disposição, aquelas que ministram os meios pelos quais se possa exercer ou proteger o direito que não conferem, ou cumprir o dever e desempenhar o encargo que elas impõem; não autoaplicáveis, ao contrário, são as disposições constitucionais incompletas ou insuficientes, para cuja execução se faz indispensável a mediação do legislador, editando normas infraconstitucionais regulamentadoras.¹⁰

Em outros países não existe uma medida idêntica ao mandado de injunção, no entanto, a Constituição Alemã prevê uma medida similar chamada de “Verfassungsbeschwerde”

Carlos Augusto Alcântara Machado¹¹ ensina que o instituto alemão é empregado nas circunstâncias em que “o Tribunal Constitucional decide sobre a pretensão de ter sido o cidadão prejudicado pelo poder público em seus direitos fundamentais ou em direitos constitucionais, desde que não haja meio processual ordinário de proteção”.

Ulderico Pires dos Santos¹² e Aricê Moacyr Amaral Santos¹³, afirmam que a origem do instituto deriva do direito francês ou italiano, respectivamente.

Entretanto, convém frisar que a figura da injonction do direito francês, quanto o instrumento daingunzione do direito italiano não buscam a complementação das normas constitucionais.

¹⁰ Ibidem. , p. 28.

¹¹ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção*: um instrumento de efetividade da constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.303.

¹² SANTOS, Ulderico Pires dos. *Mandado de injunção*: estudos e considerações. São Paulo: Paumape, 1988, p. 174.

¹³ SANTOS. Aricê Moacyr Amaral. *O mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 10

Celso Ribeiro Bastos¹⁴ afirma que o mandado de injunção não tem precedentes no direito nacional ou alienígena, pois não se consegue identificar no direito comparado a fonte de inspiração do mandando de injunção, embora existam em outros ordenamentos medidas que apresentam a mesma denominação.

A constituição de 1988 foi a primeira a prever uma ação que visa à complementação de norma constitucional de eficácia limitada no ordenamento pátrio, em seu artigo 5º, inciso LXXI, transcrito abaixo:

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.¹⁵

A inovação trazida pela Constituição cidadã, através do Mandado de Injunção, objetiva assegurar a concretização dos preceitos trazidos pela Carta Magna.

Nessa mesma inteligência, explica Alexandre de Moraes em seu livro:

O Mandado de Injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil, e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa previsto na Constituição Federal.

No entanto, é importante salientar, que até o momento, o próprio instituto não foi regulamentado por nenhuma lei infraconstitucional de forma que sua aplicação é regulada apenas pelas disposições do texto constitucional e pelo entendimento jurisprudencial que vem sendo exposto pelos tribunais, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.

A doutrina diverge sobre os efeitos da sentença no Mandado de Injunção, tendo se formado basicamente duas teorias (não concretista e concretista) que discorrem sobre o tema.

TEORIA NÃO CONCRETISTA E CONCRETISTA.

Uma parcela da doutrina entende que o magistrado deve se limitar a estabelecer um prazo para que o órgão responsável pela confecção da lei regule o direito garantido

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 242.

¹⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 159.

constitucionalmente, a essa teoria se deu o nome de “Teoria Não-Concretista”, já que não há qualquer ingerência direta do Judiciário no Poder Legislativo.

O grande entrave dessa teoria é a inexistência de sanção para o não cumprimento do mandamento judicial, o que esvazia por completo a ordem prolatada pelo Juízo.

Em razão da falta de eficácia da primeira, parte da doutrina defende a Teoria Concretista, que pode ser dividida em geral e individual e esta, por sua vez, em individual direta e intermediária.

Nessa senda, pautados no princípio da inafastabilidade do Judiciário positivado no artigo 5º, XXXV da Constituição, defendem que o Mandado de Injunção deve viabilizar o exercício do direito em questão, haja vista que a inércia do legislativo por mais de 2 décadas se mostra uma afronta à Constituição.

No entanto, vale grifar que a Teoria Concretista se divide em Individual e Geral. A primeira afirma que o direito pleiteado pela parte deve ser concedido apenas ao impetrante, enquanto, a segunda afirma que o Judiciário deve conceder o direito a todos que se encontrem na mesma situação jurídica do impetrante.

Por derradeiro, essa última Teoria pode ser dividida em Direta e Intermediária. Aquela defende que o direito deve se dar de forma direta pelo judiciário, sem que se abra prazo para o Legislativo exercer o seu direito/dever constitucional, enquanto a Teoria Concretista Geral Intermediária afirma que se deve conceder um prazo razoável aos parlamentares para que editem a norma regulamentadora. Se ainda assim o legislador se mantiver inerte, serão concedidos os direitos constitucionais de forma geral.

A Teoria Concretista e suas subdivisões sofrem críticas em razão de o Judiciário não estar exercendo a sua função constitucional, pois nesse caso o magistrado age como se legislador fosse, infringindo assim a norma constitucional que determina a separação dos

poderes, que, inclusive, é uma cláusula pétrea, na forma do inciso III, §4º, do art. 60 da Constituição da República, transcrito abaixo:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
 § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
 III - a separação dos Poderes;

O Supremo Tribunal Federal possui decisões que contemplam ambas as teorias (concretista e não-concretista), como se pode verificar abaixo.

3. EVOLUÇÃO DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO

O primeiro julgado de relevância em relação a Mandado de Injunção é o Mandado de Injunção 107/DF¹⁶, julgado em 1990, cujo relator foi o Ministro Moreira Alves.

O autor do referido mandado de injunção era um militar temporário, que contava com mais de nove anos de serviço na condição de oficial e, por essa razão, pretendia obter a suspensão do seu licenciamento do serviço ativo do Exército, sob a alegação de que não havia lei regulamentadora do § 9º, do art. 42, da Constituição Federal, que por sua fundamentação garantia a estabilidade dos militares.

O supramencionado dispositivo dispunha, *in verbis*:

Art. 42 São servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares.

§ 9º. A lei disporá sobre os limites da idade, a estabilidade e outras disposições de transferência do servidor militar para a inatividade.

O militar tendo com fundamento a norma supramencionada sustentava em sua causa de pedir que possuía uma expectativa de direito à estabilidade e, portanto, não poderia ser afastado de seu cargo.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção/ DF 107 QO / DF - Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado+de+injun%27%E3o+%29%28107%2ENUME%2E+OU+107%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos> >. Acesso em 08 set. 2016.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, não conheceu da referida ação, por entender que a Carta Magna não outorgou direito à estabilidade aos servidos militares, determinava apenas que a lei infraconstitucional regulamentasse a matéria em questão, fixando os requisitos necessários para que o servidor adquirisse à estabilidade.

Esse julgado é de fundamental importância, pois nele foi levantada uma questão de ordem pelo seu Relator, o Ministro Moreira Alves, cuja análise se revela fundamental para a compreensão dos julgados da Corte Maior em relação ao Mandado de Injunção.

Nesse julgado os guardiões da constituição entenderam que o mandado de injunção não autoriza o Poder Judiciário a elaborar atos normativos faltantes a fim de possibilitar de plano o exercício do direito pleiteado pelo requerente.

A Suprema Corte afirmou, através do aludido MI nº 107/DF, que os efeitos da decisão proferida no referido remédio constitucional se limitariam à declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa e à ciência da decisão ao órgão moroso para que adote as providências a fim de sanar a mencionada omissão.

Transcrevo abaixo a ementa do referido julgado:

MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE SUA AUTO-APLICABILIDADE, OU NÃO. - EM FACE DOS TEXTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL RELATIVOS AO MANDADO DE INJUNÇÃO, E ELE AÇÃO OUTORGADA AO TITULAR DE DIREITO, GARANTIA OU PRERROGATIVA A QUE ALUDE O ARTIGO 5., LXXI, DOS QUAIS O EXERCÍCIO ESTA INVIABILIZADO PELA FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA, E AÇÃO QUE VISA A OBTER DO PODER JUDICIARIO A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DESSA OMISSAO 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 DE CIENCIA DESSA DECLARAÇÃO, PARA QUE ADOTE AS PROVIDENCIAS NECESSARIAS, A SEMELHANCA DO QUE OCORRE COM A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSAO (ARTIGO 103, PAR-2., 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 OMISSAO INCONSTITUCIONAL. - ASSIM FIXADA A NATUREZA DESSE MANDADO, E ELE, NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA DESTA CORTE - QUE ESTA DEVIDAMENTE DEFINIDA PELO ARTIGO 102, I, 'Q' -, AUTO-EXECUTAVEL, UMA VEZ QUE, PARA SER UTILIZADO, NÃO

DEPENDE DE NORMA JURÍDICA QUE O REGULAMENTE, INCLUSIVE QUANTO AO PROCEDIMENTO, APLICAVEL QUE LHE E ANALOGICAMENTE O PROCEDIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, NO QUE COUBER. QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE NO SENTIDO DA AUTO-APLICABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Assim, pode-se observar que o Supremo Tribunal Federal no MI 107/DF adotou a teoria não concretista.

Insta observar que, nesse julgamento, os Ministros não se manifestaram em relação ao prazo que a omissão deve ser suprida pelo Poder Legislativo. Com o passar do tempo, os Ministros do STF começaram a rever esse entendimento.

As mudanças ocorreram de forma gradual. Inicialmente, o Ministro Sepúlveda Pertence, relator do MI 283/DF, deferiu um prazo de 12 meses para que a omissão fosse suprida pelo poder legislativo e, caso não fosse suprida, as partes poderiam ingressar na justiça objetivando o ressarcimento pelos danos sofridos. O mesmo dispositivo foi utilizado posteriormente nas decisões que julgaram os Mandados de Injunção n° 232/RJ e n° 284/DF.

Releva notar que o Supremo Federal na década de 90 ainda utilizava a teoria não concretista do mandado de injunção, no entanto, já havia ocorrido um avanço em relação ao entendimento anterior, pois a partir do julgado supramencionado os Ministros do STF passaram a conceder um prazo para o Poder Legislativo suprir a lacuna constitucional, podendo, inclusive, tal demora gerar indenização para as partes que sofressem qualquer perda ou dano patrimonial.

No entanto, mesmo com a medida sendo adotada pelo Poder Judiciário, o Legislativo continuava inerte em relação a inúmeras matérias, ficando, assim, alguns cidadãos impedidos de exercer plenamente os seus direitos constitucionais.

Dessa forma o Supremo Tribunal Federal foi obrigado a, mais uma vez, alterar o seu entendimento e, assim, começou a adotar a teoria concretista do Mandado de Injunção.

O primeiro julgado que efetivamente concedeu direitos ao impetrante foi o MI 670. Esse julgado iniciou a terceira fase do Mandado de Injunção.

Nesse remédio constitucional o Ministro Gilmar Mendes foi o escolhido para apresentar o acórdão. Em um voto extenso, determinou que fossem aplicadas as normas das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989 aos servidores públicos civis em matéria de greve, haja vista que até o momento não existia uma lei que regulasse tal direito, aliás, até o momento essa norma não foi editada.

Convém salientar que no supramencionado acórdão além de os Ministros afirmarem qual regra deve ser aplicada até a promulgação da lei que regulamenta o direito de greve dos servidores civis (Teoria Concretista), os Ministros do STF fixaram um prazo de 60 dias para que o Poder Legislativo possa suprir a omissão constitucional.

Assim, quando a lei for confeccionada pelos senadores e deputados e já estiver vigente, a decisão perderá seus efeitos, não afrontando dessa forma o princípio da divisão dos poderes, insculpido no art. 2º da Constituição da República.

Logo, verifica-se que no dia 25/10/2007, data do julgamento dos Mandados de Injunção 670, transcrito acima, 708 e 712, que tinham como objetivo suprir a mora do legislador em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos civis, ocorreu a principal mudança de posição do Supremo Tribunal Federal em relação ao remédio constitucional que visa a suprir a inércia legislativa.

Pela análise dessas decisões, pode-se afirmar que prevaleceu a adoção da teoria concretista geral, tendo em vista que as decisões garantem de imediato o exercício do direito de greve para todo o setor público.

O ministro Celso Mello, no dia da sessão de julgamento dos referidos Mandados de Injunção, resumiu de maneira brilhante essa nova fase:

Não se pode tolerar sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos

civis – a quem vem se negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

QUESTÃO POLÍTICA

Faz-se mister frisar que a teoria concretista do mandado de injunção sofre críticas em razão da infração do princípio da separação dos poderes, tendo em vista que o Judiciário nesses casos está agindo como legislador e concedendo direitos a inúmeras pessoas sem a devida manifestação dos membros eleitos do congresso.

Em que pese haver fundamento à crítica supramencionada, não se pode olvidar que nenhum princípio é inafastável, tampouco o princípio da proteção a vida é absoluto, por exemplo, existindo, inclusive, exceção constitucionalmente prevista, na alínea a, do inciso XLVII, do art. 5º para este princípio.

Vale mencionar que os três poderes não são estanques entre si, cabendo a todos os três conferir efetividade máxima aos preceitos constitucionais, como bem explica Hans Kelsen.

O conceito de separação de poderes” designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do estado, e que é possível definir fronteiras separando cada um dessas três funções. No entanto, essa pressuposição não é sustentada pelos fatos. Como vimos não há três mas duas funções básicas do estado: a criação e a aplicação do Direito, e essas funções são infra e supra-ordenadas [...] É impossível atribuir a criação do Direito a um órgão e sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções.¹⁷

Assim, não há que se falar em usurpação do poder legislativo, até porque a decisão só produz efeitos até que o Poder Legislativo supra a lacuna constitucional.

CONCLUSÃO

O ativismo judiciário, nome do movimento dado pela doutrina a maior atuação positiva do judiciário, esta cada vez mais em pauta, como se pode verificar nos julgados acima transcritos.

O mencionado ativismo, em alguns casos pode extrapolar os poderes concedidos pela Constituição aos Magistrados, afetando dessa forma o princípio da separação dos poderes.

¹⁷ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 385.

Contudo, também é necessário entender que, por muitas vezes, a omissão do Poder Legislativo ou mesmo do Executivo, causa inúmeros prejuízos à sociedade, especialmente, quando se tratam de direitos que o constituinte originário achou por bem inclui-los no texto constitucional.

Nesse sentido, os ministros do STF, acertadamente, se dispuseram a rever seu entendimento sobre a efetivação do mandado de injunção, abandonando o entendimento anterior de simplesmente declarar a omissão inconstitucional (teoria não concretista), passando a garantir o exercício do direito pleiteado pela parte em razão da ausência de norma infraconstitucional, até que a lei confeccionada pelos legisladores esteja vigente (teoria concretista).

Assim, não há que se falar em afronta ao princípio da separação dos poderes, haja vista que o Poder Judiciário está buscando, unicamente, dar ampla efetividade às garantias constitucionais e assim alcançar o fim para o qual a Constituição foi promulgada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI n 107/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado+de+injun%E7%E3o+%29%28107%2ENUME%2E+OU+107%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 08 set. 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KELSEN, Hans. *A Jurisdição Constitucional*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: Um instrumento de efetividade da constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Publicidade na Internet: Arguição de descumprimento de preceito fundamental* (§ 1º do art. 102 da Constituição Federal), 2001. Artigo científico publicado na revista eletrônica Jus Navigandi. Disponível em < www.jus.com.br/doutrina/incinco >. Acesso em 08 set. 2016.

_____. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Parâmetros de Controle e Objeto. In: _____. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, (Org). São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 17 ed, São Paulo, Atlas, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Ed.; Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental*. In: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, (Org). São Paulo: Atlas, 2001.

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

SANTOS. Aricê Moacyr Amaral. *O mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.