



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Teoria Concretista no Mandado de Injunção viola o Princípio da Separação dos Poderes?

Rafaella Cardoso Dutra Marcilio

Rio de Janeiro

2015

RAFAELLA CARDOSO DUTRA MARCILIO

A Teoria Concretista no Mandado de Injunção viola o Princípio da Separação dos Poderes?

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:

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2015

A TEORIA CONCRETISTA NO MANDADO DE INJUNÇÃO VIOLA O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES?

Rafaella Cardoso Dutra Marcilio

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada. Pós-Graduada em Direito Público e
Privado pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo: O presente artigo visa discutir sobre a Teoria Concretista no mandado de injunção e a possível violação do princípio da separação dos poderes no ordenamento jurídico brasileiro, descrevendo a evolução das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto ao efeito do mandado de injunção no sistema jurídico brasileiro e quanto ao seu constitucionalismo contemporâneo, cuja pedra angular busca assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, como a proteção da dignidade da pessoa humana. As metodologias utilizadas nesta pesquisa foram às descritivas e bibliográficas.

Palavras-chave: Mandado de injunção. Teoria concretista. Separação dos Poderes. Efeitos das decisões do STF. Violação Princípio da separação dos poderes.

Sumário: Introdução. 1. Panorama e Finalidade do mandado de Injunção. 2. Decisão e seus efeitos. 3. Evolução dos efeitos da decisão do STF. 4. Teoria Concretista X Separação dos Poderes. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende analisar as mudanças das teses ocorridas junto ao Supremo Tribunal Federal sobre o Mandado de Injunção até a fase atual, em que se discute se a Teoria concretista violaria o princípio constitucional da separação dos poderes. Procura-se demonstrar que devido a décadas de inércia do poder legislativo sobre as normas de eficácia limitada, obrigou a Suprema Corte a desenvolver uma postura ativa para que os direitos e garantias constitucionais fossem cumpridos, refutando assim a insegurança jurídica causada pela inação legislativa.

Para tanto, serão abordados as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se de fato o poder judiciário invadiu a esfera do poder

legislativo, quando deixou de apenas declarar a mora da lei para atuar de forma mandamental diante da ação constitucional.

De tal modo que, a supremacia da Constituição consiste em que as leis comuns não podem derogá-la, o que compreende a natural consequência de que não podem violar nem alterar suas disposições. Isso porque sua rigidez consubstancia-se na teoria do direito constitucional contemporâneo. Logo, assegurar supremacia e a rigidez de ordem constitucional, foram criados instrumentos jurídicos capazes de eliminar as violações à Constituição, devendo esta ser entendida não como apenas uma folha de papel.

Sendo o mandado de injunção uma garantia constitucional autoaplicável, para a sua concessão, há de estar clara a relação de causalidade, ou seja, a situação de lacuna legislativa.

O mandado de injunção participa da preocupação com a eficácia plena e imediata dos direitos fundamentais, exteriorizada textualmente em diversas constituições de que são ilustrações países como Alemanha, Espanha, Portugal, Itália, Uruguai, Bolívia e, finalmente, Brasil, que deve conferir vitaliciedade e trabalhar como neutralizador das consequências lesivas resultando da ausência legislativa dos preceitos constitucionais de eficácia limitada.

Com a argúcia fora observado que a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo em regulamentar a constituição, tal posição acabou por proporcionar ingresso de uma série de ações constitucionais, em especial o mandado de injunção, às quais a Suprema Corte deu interpretação que acabou por tornar ineficaz tal instituto. O mesmo ocorreu com a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), que levou onze anos para ser regulamentada, muito embora fosse discutível que esta fosse a condição de possibilidade para a eficácia desse instituto, criado pelo constituinte originário exatamente para garantir o combate à violação dos preceitos fundamentais.

Ao lado disso, as várias tentativas de reforma do Poder Judiciário e da sistemática do controle de constitucionalidade (com a tentativa, v.g., de extinguir o controle difuso de constitucionalidade), fizeram com que não se construísse um ambiente doutrinário com a necessária perenidade. Aliás, nesse sentido é razoável afirmar que a doutrina brasileira tornou-

se cada vez mais caudatória da jurisprudência, em vez de ser o fio condutor das decisões dos tribunais. A doutrina não doutrina!

Para melhor compreensão do tema, busca-se analisar os primórdios da ação mandamental e a superação de cada fase pela Suprema Corte.

O primeiro capítulo visa à apresentação do panorama e finalidade do mandado de injunção.

Segue-se abordando, as decisões e seus efeitos concessivos do mandado de injunção, abarca também sobre as evoluções das teorias adotadas pelo Supremo Tribunal federal ao longo do tempo.

O terceiro capítulo destina-se a analisar o projeto de lei que possibilita a extensão da decisão da ação mandamental de forma uníssona, para que possibilite a aplicação da norma constitucional aos casos concretos, de uma só vez.

O quarto capítulo confronta o princípio da separação dos poderes com a teoria adotada hodiernamente pelo STF, busca-se verificar se de fato a teoria concretista violaria tal princípio, uma vez que possibilita ao poder judiciário decidir sobre a norma omissa, sem que oportunize ao poder legiferante a regulamentação da norma inexistente.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória.

1. PANORAMA E FINALIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO

As origens da ação direta de inconstitucionalidade são mais claras do que as do mandado de injunção, sendo corrente que ela teve raízes na Constituição de 1974 da República Federativa Socialista da Iugoslávia, onde o Tribunal Constitucional era dotado de competência para julgar o pedido de declaração de inconstitucionalidade. Além da referida herança, não se nega a influência lusa, já que tem o nosso instituto os mesmos contornos na Constituição da República Portuguesa de 1976 (art. 283).

Sobre os antecedentes históricos, a doutrina, não raro cita, sobretudo o *writ of injunction* do direito norte-americano e institutos do ordenamento jurídico português. A existência da ligação com direito norte-americano não passa de similitude da norma, à luz da abalizada doutrina. Nos direitos norte-americano e inglês, bem como nos direitos da família do *commonlaw*, o *writ of injunction* é a ordem jurídica da corte de justiça, que proíbe que um indivíduo – ou grupo destes – pratique determinada ação, ou que ordena que certa ordem seja realizada. Em suma, nos direitos inglês e norte-americano, o *writ of injunction* equivale, ou tem a natureza da antiga ação cominatória do direito brasileiro. Enfatiza a professora Flávia Piovesan¹, desde logo, esclarecer que não há qualquer consenso doutrinário acerca da origem do mandado de injunção. Há aqueles que veem no instituto um instrumento peculiar e singular, que não encontra precedentes no Direito Comparado. Em sentido contrário, há doutrinadores que buscam a origem do instituto no Direito americano ou inglês, ou ainda no Direito alemão - *Verfassungsbeschwerde*².

Para José Afonso da Silva³, “o mandado de injunção surgiu na Inglaterra, no fim do século XIV com base no juízo de equidade”. Contudo, observa o autor que “a fonte mais próxima do mandado de injunção é o *writ of injunction* do Direito norte-americano.”

Na definição do *Black lawDictionary*, conceituada publicação norte-americana, a injunção é “remédio proibitivo e equânime emitido ou concedido por um Tribunal por solicitação de uma parte queixosa, dirigido a uma parte impetrada na ação ou a uma parte que se tornou impetrada para aquele fim, proibindo esta última de praticar algum ato ou permitir que seus subordinados ou agentes o pratiquem sendo esse ato injusto e iníquo, prejudicial ao queixoso e que não possa ser adequadamente corrigido por ação legal. Processo judicial que

¹ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: RT, 1995, p.127.

² Ibid.

³ SILVA, José Afonso da. *Mandado de Injunção e Habeas Data*. São Paulo:RT,1989,p.10.

opera *in personam* e exige que a pessoa a quem é dirigido, faça ou se abstenha de fazer determinada coisa.”

Com efeito, prevê o art. 93 da Lei Fundamental de Bonn que o *Verfassungsbeschwerde* pode ser ajuizado perante o Tribunal Constitucional Federal, por qualquer cidadão sob alegação de ter sido prejudicado pelo Poder Público nos seus direitos fundamentais. Assim, o instituto pode ser ajuizado tanto em face de uma ação como de uma omissão que importa em afronta a direito fundamental.

Considerando essa breve análise sobre a origem do mandado de injunção, à luz dos contornos que lhe atribuiu a Constituição de 1988, conclui-se que o mandado de injunção é medida sem precedente, quer no direito nacional quer no alienígena.

Segundo a lição de Clemerson Merlin Clève⁴ enquanto a ação declaratória de inconstitucionalidade configura instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, voltado para a defesa (integralidade) da Lei Fundamental, o mandado de injunção constitui remédio constitucional voltado, primordialmente, para a defesa do direito constitucionalmente definido e dependente de norma reguladora. O mandado de injunção consiste em instrumento de proteção de um interesse jurídico concreto, mas que, na hipótese de tutela de direitos difusos, a decisão seria capaz de desencadear efeitos semelhantes (*erga omnes*) aos da ação declaratória de inconstitucionalidade.

O mandado de injunção presta-se a remover obstáculos e, com isso, viabilizar a realização do direito constitucional reivindicando em concreto, a despeito da falta de regulamentação, assim como, também, por meio da ação direta da inconstitucionalidade seria possível superar a ausência de norma ou de atividade administrativa.

⁴CLÈVE, Clemerson Martin. *Ação direta inconstitucionalidade*. Aula 3 do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Televirtual, 2011 - Material da 3ª aula da Disciplina de Controle da Constitucionalidade – Universidade Anhanguera – UNIDERP – Rede LFG.

O mandado de injunção é uma figura de índole transitória que surgiu na Constituição de 1988 como instrumento para a superação das omissões legislativas que pudessem impedir o exercício de direitos e liberdades constitucionais, assim como a efetividade de prerrogativa inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O remédio constitucional defendido tutela direitos subjetivos onde há partes, contraditório, sendo de natureza mandamental. Assim, só terá espaço no ordenamento enquanto forem mantidas omissões, uma vez que, na medida em que as regulamentações – que permitem o gozo da norma – sejam editados. Proporcionalmente, tais direitos se limitarão às hipóteses de impetração, reduzindo-se a zero quando o sistema legal tiver eliminado o vício de que trata a Carta Magna.

Há vocação do mandado de injunção como instrumento hábil para a tutela coletiva. A legitimidade ativa do mandado de injunção coletivo é mais abrangente do que o rol do art. 5º, LXX, CF – um diploma político altamente social, em que se destacou juridicamente a necessidade de proteção da sociedade de massa. Essa vinculação direta com a atual Carta Magna, por si só, já demonstra a íntima ligação do mandado de injunção à tutela coletiva.

Mesmo que todos os dispositivos constitucionais que demandam integração normativa venham a ser regulamentados, é provável que não desapareça a pertinência do mandado de injunção, como observa Clemerson Merlin Clève⁵.

Bem observado a argúcia do professor Walter Claudius⁶, a defender ser o mandado de injunção uma ferramenta judicial vocacionada à solução de situações específicas, que podem demandar uma resposta ajustada às peculiaridades, com o que o Judiciário deverá avaliar os diferentes casos e, nessa medida, estipular um “prazo razoável.

⁵ Ibid.

⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. A segunda geração do mandado de injunção. Material do curso de Pós-graduação lato-sensu Televirtual em Direito Constitucional – Anhanguera – UNIDERP – Rede LFG.

A finalidade do mandado de injunção, segundo abalizada doutrina⁷, trabalha com duas grandes finalidades. São elas: a) viabilizar o exercício de direitos previstos na Constituição. 2) Atacar a inércia do legislador ou a chamada síndrome de inefetividade dos Poderes Públicos em não complementar (regulamentar) a Constituição.

Ao lado do mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão foi festejada como importante instituto para fazer valer os direitos previstos na Constituição. Sua ineficácia deita raízes em razões semelhantes às que levaram à derrocada no mandado de injunção. A tese de que o mandado de injunção não passa de uma ação de inconstitucionalidade por omissão subsidiária surgiu logo após os advento da Constituição, através do jurista J. J. Calmon de Passos, e ganhou força no âmbito da doutrina e da jurisprudência constitucional. Conclui-se, portanto, que o mandado de injunção pressupõe uma lide em que o direito constitucional já foi certificado, mas falta, para sua satisfação, a edição da norma constitucional.

A inércia dos Poderes Executivo e Legislativo em regulamentar a constituição proporcionou o ingresso de uma série de ações constitucionais, em especial via mandado de injunção, às quais a Suprema Corte deu interpretações que acabaram por tornar ineficaz o instituto.

O mesmo ocorreu com a ADCT, que levou onze anos para ser regulamentada. Ao lado disso, as várias tentativas de reforma do Poder Judiciário e da sistemática do controle de constitucionalidade fizeram com que não se construísse um ambiente doutrinário com a necessária perenidade.

⁷PIOVESAN, Flávia. Gonçalves, Bernardo. Mazzei, Rodrigo. *Mandado de Injunção*. Material da 2ª aula de disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrado no curso de Pós-graduação *latu senso* Televirtual em Direito Constitucional – Anhanguera – UNIDERP – Rede LFG.

2. DECISÃO E SEUS EFEITOS

Há uma série de teorias do efeito da decisão concessiva do mandado de injunção. No escólio de Rodrigo Mazzei⁸, há três correntes a saber:

- 1) Teoria de subsidiariedade: nesta, o Poder Judiciário se limita a tão somente declarar a mora legislativa, nos moldes da ação direta de inconstitucionalidade por omissão;
- 2) Teoria da independência jurisdicional: nesta, a sentença do mandado de injunção possui caráter constitutivo *ergo omnes*, cabendo, portanto, ao Poder Judiciário editar a norma geral se estendendo de forma abstrata a todos, inclusive Àqueles que não pleitearam a tutela;
- 3) Teoria da resolutividade: nesta, a sentença do mandado de injunção produz a norma para o caso concreto com a natureza constitutiva interpartes, viabilizando direito de forma imediata à luz da própria exegese do art. 5º, LXXI, da CR/88.

Há de se observar, que ao longo da inércia legislativa, a suprema corte teve que se amoldar a conjuntura complexa das demandas que lhe foram apresentadas, inclusive criando teses jurídicas, uma vez que os fatos sociais vão além do que o legislativo possa prevê. Teses essas revistas, na tentativa da prestação jurisdicional e na prevenção de se ter uma constituição inoperante.

Nesse sentido, o STF se posiciona pela teoria da subsidiariedade no MI 107/DF, em que visa obter do poder judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizado a mora regulamentar pelo 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 ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Não se pode olvidar que na teoria da independência jurisdicional, não seria razoável que o Poder Judiciário elaborasse norma geral e abstrata, quando da apreciação de um caso concreto, cujo pedido é a restauração de direito subjetivo violado. Não condiz com a

⁸ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JR., Freide(Org.). *Ações constitucionais*. 3. ed. Rev. ampl. Atual. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 258-261.

finalidade de um instrumento de tutela de direito subjetivo, cujo intuito é sanear vícios de ordem jurídica, ou seja, de direito objetivo.

Também há que se considerar que atribuir ao Poder Judiciário a elaboração de normatividade geral e abstrata implica em afronta ao princípio da tripartição dos poderes, tendo em vista que a produção da norma geral e abstrata é atividade típica e própria do Poder Legislativo.

Outrossim, com base na teoria da resolutividade, entende Calmon de Passos⁹ que o mandado de injunção:

não é remédio certificador de direito, e sim de atuação de um direito já certificado. Seu objetivo é exclusivamente definir a norma regulamentadora do preceito constitucional aplicável ao caso concreto dada a omissão do poder constitucionalmente competente, originariamente, para isso. Age o Judiciário substitutivamente, exercitando a função que será do legislador, mas limitado ao caso concreto”. Assim também se posiciona Luís Roberto Barroso¹⁰, ao destacar que “o Tribunal não precisará suprir qualquer lacuna normativa. Limitar-se-á a considerar auto-aplicável norma que conferia um direito, mas condicionava-o ao preenchimento de requisitos que a lei ditaria. Não há, pois, maior dificuldade, nem se exige do judiciário uma atuação de integração de ordem jurídica.

O resumo das correntes adotadas pelo Supremo Tribunal Federal foi, posteriormente, descrito de forma clara por Alexandre de Moraes¹¹, com a seguinte denominação: Teoria não concretista e teoria concretista.

2.1 TEORIA NÃO CONCRETISTA OU SUBSIDIÁRIA

Tradicionalmente adotada pela maioria dos Ministros do STF à luz do Mandado de Injunção nº 107/DF, que teve como relator o Ministro Moreira Alves. Essa teoria reconhece a mora, mas não viabiliza o exercício do direito para o autor da ação, ao apenas recomendar ao legislador que supra a mora. Nesse caso, a natureza da decisão é meramente declaratória.

⁹ CALMON, J. J. Passos de. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data: Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 98-99.

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. In: PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: RT, 1995.

¹¹ MORAIS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, p. 213-215.

Sobre os efeitos da decisão do mandado de injunção, é mister afirmar que a tese não-concretista, que consolidou no início da década de 90, vem sendo relativizada, isto é, mitigada pelo próprio STF. Isso se deve a uma série de fatores entre os quais¹²:

- a) a forte crítica doutrinária sobre o entendimento do MI nº 107/DF;
- b) a infeliz e contumaz inércia dos Poderes Públicos em complementar a constituição para a viabilização de direitos nela prevista;
- c) a baixa constitucionalidade, no dizer de Lenio Streck. Com efeito, no Brasil, a justiça constitucional historicamente tem assumido uma postura de *self restraint*, longe, portanto, do ativismo próprio de alguns tribunais constitucionais europeus, principalmente o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha. Exemplo paradigmático nesse sentido é o esvaziamento do mandado de injunção;
- d) sem dúvida, a constante busca e afirmação da força normativa da constituição (desenvolvida por Konrad HESSE) implícita ou mesmo explícita pode fazer com que o STF continue a relativizar, ou seja, a não trabalhar de forma absoluta com a tese (não concretista) construída nos primórdios de nossa constituição;
- e) finalmente, não podemos olvidar a modificação de composição do STF nos últimos anos, sobretudo, de 2003 até os dias atuais. Sem dúvida, com uma composição renovada, a chance de ruptura com a conservadora posição de outrora apresenta-se desta forma:

– Para a teoria não concretista¹³, o Judiciário deve apenas reconhecer formalmente a inércia e comunicar a omissão ao órgão competente para elaboração da norma regulamentadora. Isso não significa que o mandado de injunção não produza qualquer efeito de ordem prática, pois, uma vez fixada a mora do poder competente, pode o impetrante ajuizar uma ação de reparação patrimonial para ressarcimento dos prejuízos decorrentes da omissão.

Neste sentido o STF – MI nº 284¹⁴, rel. Min. Celso de Mello (05 de 26.06.1992):

Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional – único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada – e considerando, que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção nº 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe for constitucionalmente imposta torna-se prescindível nova comunicação a instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório.

As duras críticas sobre a teoria não concretista, fez com que fosse relativizada, uma vez que a sua aplicabilidade causaria ineficácia da norma constitucional, na medida em que há apenas recomendação ao legislador sobre a mora, não há uma mudança concreta que supra a omissão legislativa, sem contar com burocratização de notificar ao órgãos, entidades para produzirem a norma inexistente, sob pena de ser demandado pelo impetrante requerendo

¹²FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 412-414.

¹³NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 150-167.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10-09-15.

ressarcir entorno pela omissão. Tal medida engessa os poderes, obstando assim, a regular garantia constitucional em comento.

2.2 TEORIA CONCRETISTA OU TEORIA DE RESOLUTIVIDADE

Esta teoria busca implementar o exercício do direito até que sobrevenha norma regulamentadora; a natureza da decisão é em regra constitutiva, podendo ser também condenatória ou até mesmo de caráter executivo ou mandamental, conforme as necessidades do caso e a adoção da tese concretista geral, individual direta ou intermediária.

A teoria concretista, como posiciona a maioria dos juristas¹⁵, é a que parece mais adequada ao espírito do instituto e, portanto, que considera a decisão final do mandado de injunção como constitutiva inter partes.

2.2.1 TEORIA CONCRETISTA GERAL

Visa a implementar o exercício do direito previsto na Constituição com efeito *erga omnes*, ou seja, ao Poder Judiciário incumbiria a tarefa de elaborar a norma regulamentadora para suprir a omissão do legislador, só que com efeitos não apenas para o caso concreto, mas válido para todos. O STF, em princípio, não adotou essa tese, afirmando que tal entendimento fere o princípio da separação dos poderes, pois estende os efeitos para todos colocando o Pretório Excelso como um verdadeiro legislador positivo.

Nesse sentido:

MI 712/PA¹⁶ – Rel. Min. Eros Grau, julgamento 25/10/2007,

¹⁵STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. Ed. São Paulo: Forense, 2004, p.250-255.

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Ementa: Mandado de Injunção. Art. 5º, LXXI da Constituição.

Concessão e efetividade a norma veiculada pelo art. 37, VII da constituição. Greve dos trabalhadores em geral (art. 9º da CF). Aplicação da Lei Federal nº 7783/89 à Greve no Serviço Público até que sobrevenha Lei Regulamentadora.

O tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei 7783/89, no que couber.

MI 708/DF¹⁷, Re. Min. Gilmar Mendes, julgamento 19/07/2007.

O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei 7783/89, no que couber.

O poder judiciário reconhece a mora legislativa e implementa o direito constitucional obstaculizado, mediante à aplicação de norma análoga, dispondo a decisão de efeitos *erga omnes*, até que a omissão seja sanada. Esta posição foi adotada pelo STF, no julgamento dos mandados de injunção, referente ao direito de greve dos servidores públicos, onde a Corte decidiu, por maioria de votos, no sentido de aplicar a legislação de greve vigente no setor privado, aos servidores públicos.

2.2.2 TEORIA CONCRETISTA INDIVIDUAL DIRETA

Visa a viabilizar o direito previsto na constituição com efeitos interpartes. Essa corrente se subdivide em: concretista direta e concretista intermediária, nos termos do Informativo nº 542 do STF. Na linha da nova orientação jurisprudencial fixada no julgamento do MI nº 721/DF (DJE de 30/11/2007), a Suprema Corte deste país julgou procedente pedido formulado em mandado de injunção para, reconhecendo a mora legislativa e a necessidade de se dar eficácia às normas constitucionais e efetividade ao direito do impetrante, suprir a falta da norma regulamentadora a que se refere o art. 40, § 4º, da CF, aplicando ao caso, no que couber e a partir da comprovação dos dados perante a autoridade administrativa competente, o art. 57 da Lei 8213/90.

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 284. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15-09-15.

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 708. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15-09-15.

Tratava-se na espécie de mandado de injunção impetrado por investigador da polícia civil do Estado de São Paulo, em que pleiteava fosse dado suporte à lacuna normativa constante do aludido § 4º do art. 40, assentando-se o seu direito à aposentadoria especial, em razão do trabalho estritamente policial, por 25 anos, em atividade considerada perigosa e insalubre. Em seguida, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Min. Joaquim Barbosa, o Tribunal, por maioria, autorizou que os Ministros decidam monocrática e definitivamente casos idênticos. Vencido, no ponto, o Min. Marco Aurélio, que entendia não caber essa autorização.

2.2.3 TEORIA CONCRETISTA INDIVIDUAL INTERMEDIÁRIA

É a corrente que entende que o Poder Judiciário não deveria viabilizar o direito de forma imediata. Reconhecida a mora e dada ciência do poder competente para supri-la, assim, num prazo determinado, não a suprisse, o órgão julgador da injunção deveria tomar as providências necessárias para concretizar o direito implementando-o.

Neste sentido, o STF entendeu:

MI nº 283/DF¹⁸, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento 20/03/1991 - Órgão julgador Pleno

Ementa: Mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, § 3, ADCT.

MI 232¹⁹, Rel. Min. Moreira Alves (DJ 27/03/1992): “Ocorrência, no caso, em face do disposto no art. 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso Nacional, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de Injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida”.

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 283/DF. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 20-09-15

¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI232. Relator Ministro Moreira Alves. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 20-09-15.

Traduz-se na fusão da teoria não-concretista com a teoria concretista individual, visto que, preconiza o dever do Poder Judiciário, em um primeiro momento, de limitar-se a declarar a omissão ao órgão responsável pela elaboração da norma regulamentadora, fixando-lhe prazo para suprimento da lacuna. Expirado o prazo assinalado pelo Poder Judiciário, ficaria este autorizado a suprir a lacuna para o caso concreto, isto é, somente para o impetrante.

3. EVOLUÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO NO STF

O mandado de injunção nunca deixou de ser importante no Direito brasileiro desde a Constituição de 1988. Contudo, se ele trazia uma expectativa alvissareira de efetividade dos “direitos e liberdades constitucionais” e das “prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, o primeiro ciclo de sua história mostrou um alcance deveras contido.

Esse alcance contido deveu-se sobretudo à jurisprudência do STF, ao fazer uma leitura inicialmente parcimoniosa do instituto²⁰. Mencionar o papel da doutrina e da jurisprudência relativas ao mandado de injunção é sintomático, por revelar uma das características dessa primeira etapa: a ausência de disciplina legal para essa ação constitucional.

Ante a falta de regulação em âmbito legislativo, sobrou para os doutrinadores e para o judiciário traçar o perfil inicial do mandado de injunção.

A timidez inicial é superada por uma jurisprudência mais avançada do Supremo Tribunal Federal, que empresta maior alcance ao instituto e resgata aquela expectativa promissora da doutrina de primeira hora. Algumas propostas legislativas vinham sendo oferecidos. Surge, por conta disso, novo projeto de lei para disciplinar o processo e

²⁰ROTHEMBURG, Walter Claudius. *A segunda geração do mandado de injunção*. – Material da 4ª aula da Disciplina de Controle da Constitucionalidade – Universidade Anhanguera – UNIDERP – Rede LFG.

juízo do mandado de injunção, de iniciativa do Deputado Federal e jurista Flávio Dino, que não apenas resgata a importância do instituto, como percebe e traduz legislativamente a evolução jurisprudencial que vem dando novo alento à ação constitucional. Espera-se que a nova fase do mandado de injunção seja marcada por sua oportuna disciplina legal, juntando-se o Poder Legislativo aos demais poderes para desenvolver o instituto.

O Projeto de Lei 6.120/2009²¹ traz em sua ementa precisamente o objeto de que trata:

Disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo e dá outras providências. O mandado de injunção é uma ferramenta judicial vocacionada à solução de situações específicas, que podem demandar uma resposta ajustada às peculiaridades com o que o Judiciário deverá avaliar os diferentes casos e, nessa medida, estipular um ‘prazo razoável’”.

Sobre os efeitos da decisão do mandado de injunção, o art. 9º principia por dizer o óbvio: que, quanto às pessoas atingidas, a decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes. O parágrafo primeiro do art. 9º prevê a possibilidade de extensão da eficácia subjetiva da decisão “*ultra partes ou erga omnes*”.

Em meados de 2010, o Projeto de lei 6.128/2009, após ter sido, juntamente com outros semelhantes, apensado ao Projeto de Lei 6002/1990, encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados, onde recebeu parecer favorável do relator, Deputado Antônio Carlos Biscaia, nos termos do substituto apresentado. O referido projeto tem, contudo, o grande mérito de sugerir mais uma alternativa de disciplina para o mandado de injunção: trata-se de um tratamento jurídico adequado, que incorpora a jurisprudência mais avançada do Supremo Tribunal Federal e está sintonizada com outras leis relacionadas (como ação civil pública, o Código de Defesa do Consumidor e do mandado de segurança)

Tal lei prevê a possibilidade do STF decidir de forma a estender os efeitos de sua decisão a todos, fazendo com que a o entendimento jurisprudencial seja abarcado pela legislação brasileira de forma uníssona para que de uma só vez possibilite implementação da norma constitucional aos casos concretos.

4. A TEORIA CONCRETISTA X SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes concebido pelo constitucionalismo liberal, difundido por Montesquieu, preceitua assegurar controle do poder por meio da legislação e,

²¹Mendes, Gilmar. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Saraiva 2004, p. 29-49.

assim, dar liberdade política aos governados. Mas para adquirir essa liberdade, precisa que o governo seja tal, que cada cidadão não possa temer o outro.

A ideia essencial é de evitar a concentração do poder em uma única autoridade, conferindo funções estatais diferenciadas para afastar qualquer risco do despotismo²².

Por meio do Mandado de injunção ressurgiu na jurisprudência da Suprema Corte a discussão sobre violação do princípio da separação dos poderes, conjuntamente com o ativismo judicial, uma vez que na falta de regulamentação, o STF ao adotar a Teoria Concretista, passou a assumir uma postura legislativa diante da inércia do poder que possui tal ingerência.

O cenário da discussão está na falta de norma regulamentadora que obsta a plenitude dos direitos e liberdades constitucionais, isto é, o cidadão aguarda o Poder Legislativo deliberar na sua função típica, ao elaborar norma que possibilite usufruir direitos garantidos na Carta magna. Já com a realização do ativismo judicial, há polêmica que parece advir da política e do direito²³.

A tese de que o Supremo estaria violando a separação dos poderes fora rechaçada no MI 712 que trata da greve dos servidores públicos, em que o ministro Gilmar Mendes, referindo-se a Rui Medeiros, desenvolveu a ideia de que o Supremo não estaria legislando quando regulamenta a norma faltante, porque a edição de norma, nesse caso, não seria uma possibilidade colocada diante do Legislativo, mas um dever a ser cumprido por desse poder.²⁴ Afirma ainda que a alteração no entendimento, no que tange ao mandado de injunção, não obsta a superveniência de lei, já que essa não prejudicaria a coisa julgada, na medida em que o impetrante poderia obter os benefícios da lei, naquilo que lhe fosse mais favorável. Ponderou, ainda, que a inércia do legislativo ter se estendido por tanto tempo acarreta a perda

²² Sarmiento, Daniel. *Direito Constitucional*. 1º reimpressão. Belo Horizonte: fórum, 2013, p. 89-96.

²³ Mendes, Gilmar Ferreira. *Mandado de Injunção, estudos sobre a sua regulamentação*. São Paulo. Saraiva. 2013, p.99-101.

²⁴ ESTEVES, Bruna de Bem. no livro *Jurisdição Constitucional no Brasil*. Tema: O que mudou no entendimento do STF sobre os efeitos do Mandado de injunção?. São Paulo: Malheiros, 2012, p.152.

dos direitos constitucionais expressamente garantidos, configurando abusividade como também uma grande insegurança jurídica.

Destarte, os ministros da Suprema Corte entenderam, mas não por unanimidade, que a mera declaração de inércia legislativa na sentença do Mandado de injunção, poderia ser considerada ineficaz ou desinteressante para o cidadão, como ponderou o ministro Marco Aurélio no (MI 721, pp.9-10 do acórdão), passando a adotar a nova tese concretista nas novas ações constitucionais, refutando toda e qualquer alegação de violação aos princípios constitucionais, já que seria a melhor forma de dar efetividade à Carta Política, garantindo sua aplicabilidade plena aos que carecem de sua proteção.

CONCLUSÃO

A finalidade do mandado de injunção é suprir a omissão do legislador infraconstitucional na edição de suas normas de eficácia limitada. Com essa ideia, será cabível sempre que a falta de norma regulamentadora inviabilize um direito que esteja assegurado por qualquer dispositivo da Constituição.

Seu campo material, contudo, é limitado. A omissão deve ser de tal forma que torne inexecutável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Assim, não trata de atacar qualquer omissão, mas aquelas que importem nessas consequências.

Deve ser impetrado sempre pelo interessado, sendo acatado pelo supremo Tribunal Federal a representatividade pelo Ministério Público ou de impetração por sindicato, caso que constitui o mandado de injunção coletivo. Essa legitimação é aceita pelo Pretório Excelso em analogia ao mandado de segurança coletivo.

Ainda se baseando nessa analogia, o Supremo entende que o mandado de injunção é autoaplicável. Para o rito procedimental, no que couber, é utilizada lei do mandado de

segurança. Aqui deve ser feita uma observação no tocante a publicação da nova lei do mandado de segurança (Lei nº 12.016/09), até o momento nenhum questionamento foi levantado quanto a não aplicabilidade dessa nova legislação ao mandado de injunção, fato este que enseja a permanência da analogia.

Quanto ao polo passivo da demanda, ficou estabelecida a impossibilidade de configuração do litisconsórcio quanto à pessoa privada. A restrição ganha sentido uma vez que a tarefa de elaboração da norma regulamentadora só pode ser realizada pelas pessoas que possuem competência para tanto.

No que se refere à sua decisão, pode-se aduzir que nossa mais alta Corte alterou os efeitos dados a esse remédio constitucional.

Após o momento inicial de rejeição do novo dispositivo trazido na Carta Maior, o Supremo Tribunal Federal, com sua nova composição, quedou-se à crítica dos doutrinadores e a discordância que assolava os Tribunais Inferiores e passou a dar força constitutiva em suas decisões, agora adotando a posição concretista.

Essa evolução jurisprudencial é de grande valia para o ordenamento jurídico, uma vez que atribuiu ao mandado de injunção a sua verdadeira vocação: o de dar efetividade às normas constitucionais para a construção de um ordenamento legal mais justo e democrático.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Mandado de segurança e direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios da definição à aplicação do princípio jurídico*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

CLÈVE, Clemerson Martin. *Ação direito de constitucionalidade*. Material da 3ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrado no curso de Pós-graduação lato-sensu Televirtual em Direito Constitucional – Anhanguera – UNIDERP – Rede LFG.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Material ministrado no curso de Pós-graduação lato-sensu Televirtual em Direito Constitucional – Anhanguera – UNIDERP – Rede LFG.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*; tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

MACEDO, Alexandre dos Santos. *Da Querela Nullitatis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições civil law e common law e a necessidade de respeito às precedentes no Brasil*. Material do curso de Pós-graduação lato-sensu Televirtual em Direito Constitucional – Anhanguera – UNIDERP – Rede LFG.

MAZZEI, Rodrigo. *Mandado de Injunção*. Material da 2ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrado no curso de Pós-graduação lato-sensu Televirtual em Direito Constitucional – Anhanguera – UNIDERP – Rede LFG.

MENDES, Gilmar Ferreira; ALVES, Moreira. *O controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29-49. Material da 2ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrado no curso de Pós-graduação lato-sensu Televirtual em Direito Constitucional – Anhanguera – UNIDERP – Rede LFG.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

NASCIMENTO, Carlos Valder. *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: RT, 1995, p.127. Material da 4ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrado no curso de Pós-graduação lato-sensu Televirtual em Direito Constitucional – Anhanguera – UNIDERP – Rede LFG. “Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil”.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *A segunda geração do mandado de injunção*. Material do curso de Pós-graduação lato-sensu Televirtual em Direito Constitucional – Anhanguera – UNIDERP – Rede LFG.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Hermeneutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Mandado de Injunção e Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, Virgílio Afonso. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermeneutica*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2004