

A Toda Prova: O mandado de injunção na jurisprudência do STF e do STJ

Na condição de direitos fundamentais, os direitos sociais são autoaplicáveis e suscetíveis de defesa mediante ajuizamento de mandado de injunção sempre que a omissão do poder público inviabilize seu exercício (Prova objetiva do concurso público para provimento de cargos de nível superior de Escrivão de Polícia do Quadro da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo).

Spacca

Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição da República, o mandado de injunção destina-se a viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, sempre que a falta de norma regulamentadora o impeça (STF MI-MC 24). Figura em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal como ação *constitutiva* (STF MI 689), e, em outros, como *mandamental* (STF MI 721). Não possui, definitivamente, natureza condenatória (STF MI 689) ou declaratória de omissão (STF MI 721).



Aldo de Campos Costa
assessor de
ministro do STF

Diverge a doutrina sobre o que se deve entender pelas expressões “direitos e liberdades constitucionais”. Uma primeira corrente entende envolver a cláusula tanto os direitos constitucionais individuais, como os coletivos, os políticos, os econômicos e os culturais. Um segundo posicionamento entende por direitos e liberdades constitucionais apenas as clássicas declarações de direitos individuais. Por fim, uma terceira compreensão aponta como objeto do mandado de injunção todos os direitos assegurados na Constituição [1].

São prerrogativas inerentes à nacionalidade e à cidadania os direitos políticos assegurados nos capítulos III, IV e V do Título II, bem como os regulados nos artigos do Capítulos VII do Título III, que trata da administração pública, dos servidores civis e dos servidores militares. No artigo 37, os incisos VII, VIII, XII e XV, no artigo 39 o §1º, e no artigo 40 o §5º identificam-se hipóteses de prerrogativas inerentes à cidadania, nas quais a concretização pode ser inviabilizada por omissão do legislador[2]. Por fim, a solução definitiva de tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (artigo 49, I) e a autorização para declarar guerra, celebrar a paz, e permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente (artigo 49, II) são hipóteses que podem ser afetadas por omissão de competência regulamentadora[3].

A omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma *omissão total* do legislador quanto a uma *omissão parcial* (STF MI 107), sendo imprescindível, em todo caso, que haja previsão constitucional do direito ou da garantia que se pretende exercer (STJ MI 211). Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitucional já criado (STF QO-MI 444).

Para ser cabível a impetração, não basta que haja eventual obstáculo ao exercício de direito ou liberdade constitucional em razão de omissão legislativa, como o mero receio de que o exercício da prerrogativa

constitucionalmente prevista seja inviabilizado ante a falta de norma regulamentadora a tempo e modo (STJ AgR-MI 375), mas a impossibilidade de sua plena fruição pelo seu titular, como se dá nos casos em que a autoridade administrativa se recusa a examinar requerimento de aposentadoria especial de servidor público, com fundamento na ausência da norma regulamentadora do art. 40, § 4º, da Constituição da República (STF AgR-MI 4.842). A titularidade do direito e a inviabilidade decorrente da ausência de norma regulamentadora do direito constitucional devem, contudo, ser comprovadas de plano (STF AgR-MI 2.195).

Refoge ao âmbito de finalidade do mandado de injunção: a) corrigir eventual inconstitucionalidade que infirme a validade de ato em vigor (STF MI 81); b) proteger benefícios de ordem meramente patrimonial previstos em norma infraconstitucional (STJ MI 211); c) assegurar a contagem e a averbação do tempo de serviço trabalhado em condições especiais nos assentamentos funcionais de servidor público (STF AgR-MI 3.881); d) suprir lacuna ou ausência de regulamentação de direito previsto em norma infraconstitucional, e muito menos de legislação que se refere a eventuais prerrogativas a serem estabelecidas discricionariamente pela União (STF AgR-MI 766); e) lograr o controle concentrado de constitucionalidade de certa norma (STF AgR-MI 575), sequer *incidenter tantum* (STF MI 81); f) obter declaração judicial de vacância de cargo (STF (MI-QO 14); g) compelir a Administração a reduzir, sem previsão legal, a base de cálculo do imposto (STJ MI 168).

Os pronunciamentos do Supremo são reiterados sobre a impossibilidade de se implementar liminar em mandado de injunção (STF MI 283 e STF MI 542). Descabe, igualmente, a interposição de agravo regimental contra despacho que indefere a medida cauteladora, bem como o ajuizamento de ação cautelar para ter-se, relativamente a mandado de injunção, a concessão de liminar (STF AgR-AC 124). Não há, da mesma sorte, lugar para a citação, como interveniente, ou terceiro interessado, dos particulares, bem como para o litisconsórcio passivo entre estes e a autoridade competente para a elaboração da norma reguladora (STF AgR-MI 345). Há, contudo, precedente – isolado – em sentido contrário (STF MI 305).

Admite-se o mandado de injunção coletivo (STF MI 73), devendo a petição inicial, nos pleitos versando aposentadoria especial de servidor público, ser instruída com a especificação das categorias de servidores beneficiados pelo pedido, bem como de prova do requerimento e o indeferimento administrativo do pedido de aposentadoria especial (STF AgR-MI 1.708). Entidades sindicais dispõem de legitimidade ativa para a impetração do mandado de injunção coletivo (STF MI 472).

A competência para processar e julgar mandado de injunção firma-se não em razão da da matéria, mas, sim, da autoridade coatora (STJ CC 39.437), isto é, o órgão ou autoridade a que caiba a edição do diploma legal regulamentador. Impõe-se observar o balizamento subjetivo da própria inicial do mandado de injunção, não cabendo ao Tribunal no qual tenha sido ajuizado emendá-la quanto a autoridade apontada como omissa (STF MI-QO 176).

Nesse diapasão, o processo e julgamento do mandado de injunção compete ao Supremo Tribunal Federal quando a omissão na elaboração da norma regulamentadora for do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas legislativas, do Tribunal de Contas da União, de dos Tribunais superiores ou do próprio Supremo.

Já o Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar originariamente “o mandado de

injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for de atribuição de órgão, entidade e administração federal”, à exceção dos casos de competência do “Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal”, detendo esta última competência geral para as causas em que sejam partes a União (STJ MI 193) e seus órgãos (STF MI 193), entidade autárquica federal, como, por exemplo, o Banco Central (STF MI-QO 571) e a ANATEL (STJ MI 174)[4] ou, ainda, empresa pública federal, salvo quando haja circunstância especial ou de um dos dois órgãos judiciários de superposição, o Supremo ou o Superior Tribunal de Justiça.

A aparente regra geral de competência do Superior, prevista na alínea “h” do artigo 105, I, da Constituição da República, reduz-se, portanto, a hipóteses excepcionais (STJ MI 571), como é o caso, por exemplo, das impetrações dirigidas contra omissão normativa de Ministro de Estado (STJ AgR-MI 185) ou relacionadas às greves de servidores públicos: a) de âmbito nacional, b) que abranjam mais de uma região da Justiça Federal e c) que compreendam mais de uma unidade da federação. Nas demais hipóteses, em se tratando de servidores públicos federais, a competência será do respectivo Tribunal Regional Federal (STF MI 708), sendo descabida a interposição de recurso ordinário dirigido ao Superior Tribunal de Justiça (STJ RMS 37634), haja vista que o acórdão proferido em sede de mandado de injunção por parte de Tribunal Estadual ou Federal é recorrível por meio dos recursos especial e extraordinário (STJ RMS 16.751).

Só tem *legitimatío ad causam* para o mandado de injunção quem pertença a categoria a que a Constituição Federal haja outorgado abstratamente um direito, cujo exercício esteja obstado por omissão com mora na regulamentação daquele (STF MI 188). O Município, por exemplo, *não tem* legitimidade para impetrar mandado de injunção destinado à declaração de omissão inconstitucional impeditiva do exercício de prerrogativa conferida ao ente público pelo texto constitucional (STF MI 725). Sendo difusos ou coletivos os interesses a serem protegidos, poderá o Ministério Público promover o mandado de injunção[5].

Legitimado passivo no mandado de injunção é o órgão ao qual cumpre o dever de instituir a norma regulamentadora que viabilize o exercício do direito por seu titular. Ou seja, somente pessoas jurídicas estatais podem figurar no polo passivo da relação processual instaurada com a impetração do mandado de injunção, eis que apenas a elas é imputável o dever jurídico de emanção de provimentos normativos. A natureza jurídico-processual do mandado de injunção inviabiliza a formação de litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo, entre particulares e entes estatais (STF AgR-MI 335).

Os atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção não apresentam diferença significativa em relação à decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão (STF MI 107), muito embora existam, quanto aos efeitos da decisão concessiva de mandado de injunção, duas correntes: 1ª) para os *concretistas*, presentes os requisitos para a impetração, caberia ao Poder Judiciário, por meio de uma decisão constitutiva – com efeitos *erga omnes* (teoria concretista geral) ou *inter partes* (teoria concretista individual) – declarar a existência de omissão administrativa ou legislativa e implementar – *imediatamente* (tese concretista individual direta) ou *após o decurso de determinado prazo* (tese concretista individual intermediária) – o exercício do direito, até a incidência de regulamentação, a ser imposta pelo poder competente; 2ª) para os *não concretistas*, não há falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam, desde logo, condições viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente prevista, devendo, tão-somente,

ser dada ciência ao poder competente para que edite a norma faltante[6].

A mora, pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa, é de ser reconhecida quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da Constituição da República. A mera superação dos prazos constitucionalmente assinalados, aliá é bastante para qualificar, como omissão juridicamente relevante, a inércia estatal, apta a ensejar (STF MI 543). Uma vez vencidos, nem a inexistência de prazo para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo descaracterizam a inconstitucionalidade da omissão de legislar (STF MI 361). Ressalte-se que a persistência de uma situação de inatividade inconstitucional não autoriza a cominação de pena pecuniária (STF MI 689).

[1] COSTA, Elcias Ferreira da. *O objeto e a competência no mandado de injunção*. Revista de Informação Legislativa, n. 104, out./dez. 1989, p. 62.

[2] COSTA, *O objeto...*, p. 67.

[3] COSTA, *O objeto...*, p. 68.

[4] Registre-se a existência de antigo precedente em sentido contrário, no sentido de que em se tratando de impetração dirigida contra autarquia federal, firma-se a competência do Superior Tribunal de Justiça (STF MI-Q0 176).

[5] BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 256.

[6] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 196.

Date Created

21/06/2013