

O mandado de segurança, o mandado de injunção e a efetivação dos direitos sociais

LUIZ HENRIQUE DINIZ ARAUJO

Sumário

Introdução. 1. O mandado de segurança e a efetivação judicial dos direitos sociais. 2. O mandado de injunção, as omissões inconstitucionais e a efetivação dos direitos sociais prestacionais. Conclusão.

Introdução

O presente trabalho propõe-se a tratar do importante papel do mandado de segurança e do mandado de injunção para a efetivação judicial dos direitos sociais prestacionais inscritos na Constituição do Brasil.

O primeiro, porque é um instrumento que já tem sido bastante utilizado para a imposição ao Poder Público do cumprimento de direitos sociais prestacionais. O segundo, porque é um instrumento que, embora ainda pouco utilizado, poderá ter uma aplicação eficaz para sanar omissões inconstitucionais concernentes à falta de regramento infraconstitucional de direitos sociais previstos na Constituição do Brasil.

É importante esclarecer, outrossim, que a intenção não é examinar exaustivamente os dois instrumentos processuais, mas tão somente analisar os aspectos de sua eficácia dos direitos sociais prestacionais.

1. O mandado de segurança e a efetivação judicial dos direitos sociais

O mandado de segurança está previsto no art. 5º, LXIX, da Constituição brasileira de 1988, nos seguintes termos:

Luiz Henrique Diniz Araujo é graduado e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco. Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura de Pernambuco (Esmape). Procurador Federal desde agosto de 2002.

“conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público;”

Em sede infraconstitucional, a regra está enunciada no art. 1º da Lei nº 12.016/2009.

A partir desses dispositivos, podem-se ver as condições para a concessão do mandado de segurança: a) um direito líquido e certo; b) violado ou ameaçado por ato ou omissão ilegal ou abusivo de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas.

Direito líquido e certo, na verdade, é a afirmação de fato (CUNHA, 2010, p. 457) deduzida pelo impetrante. Dessa forma, os fatos devem estar, desde a impetração, comprovados (prova pré-constituída), não se admitindo dilação probatória.

Em relação à condição b), o ato ilegal deve promanar de autoridade que detenha competência para a prática do ato ou para ordenar a sua prática, estando excluído o agente que simplesmente executa a ordem (art. 6º, § 3º, da Lei nº 12.016/2009).

A sentença que concede a segurança pode ter natureza:

a) mandamental (ou injuntiva), consubstanciando-se em uma ordem à autoridade coatora. Ela tutela o direito do autor forçando o réu a adimplir a ordem do juiz (MARINONI; ARENHART, 2001, p. 461). Em caso de descumprimento, compete ao juiz adotar as medidas coercitivas necessárias (Código de Processo Civil, art. 461, §§ 4º e 5º);

b) constitutiva negativa, se determinar a anulação de um ato.

O cumprimento da sentença mandamental deve ser imediato, específico ou *in natura* (MEIRELLES, 2003, p. 98).

O manejo do mandado de segurança é adequado para situações emergenciais, por algumas razões:

1) o art. 4º da Lei nº 12.016/2009, permite que, em caso de urgência, o mandado de segurança seja impetrado por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada. Além disso, em seu § 1º, permite que em caso de urgência o juiz notifique a autoridade por telegrama, radiograma ou outro meio que assegure a autenticidade do documento e a imediata ciência pela autoridade;

2) a possibilidade de concessão de liminar, cujos efeitos persistirão até a prolação da sentença (art. 7º da Lei nº 12.016/2009);

3) a apelação não tem efeito suspensivo (art. 14, § 3º).

Quanto à possibilidade de concessão de medida liminar, como ressalta Cavalcanti (2009, p. 86), as tutelas de emergência contra a Administração Pública devem equilibrar a efetividade da tutela jurisdicional e a proteção do interesse público. Todavia, essa afirmação deve ser interpretada, no

caso de ordens de cumprimento de alguns direitos sociais prestacionais, com temperamentos, sob pena de ineficácia da medida.

Assim, por exemplo, seria o caso de se exigir depósito de caução como condição para concessão de liminar que ordene o Poder Público a fornecer medicamento de alto valor ou a custear tratamento de saúde de valor elevado.

Ainda sobre o assunto, importa mencionar que o ordenamento brasileiro impõe restrições materiais à concessão de liminares, estando as principais listadas abaixo. Todavia, nenhuma delas se aplica a direitos sociais prestacionais:

1) a proibição de concessão de liminar em mandado de segurança visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens (Lei nº 4.348/64);

2) proibição de concessão de liminar para pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias (art. 1º, § 4º, da Lei nº 5.021/1966);

3) a proibição de concessão de liminar para a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009).

A título exemplificativo, cabe mencionar que o Superior Tribunal de Justiça – no ROMS 200.902.046.635, no ROMS 200.701.125.005, no AGA 200.602.655.477 e no AGA 842.866 – reconheceu o cabimento do mandado de segurança para ordenar ao Poder Público o cumprimento de mandamentos destinados à efetivação do direito constitucional à saúde.

2. O mandado de injunção, as omissões inconstitucionais e a efetivação dos direitos sociais prestacionais

Uma vez que se está a tratar da efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição, independentemente de sua previsão em âmbito infraconstitucional, cabe estudar o tema, neste capítulo, sob a ótica das omissões inconstitucionais. Realizar-se-á, assim, uma análise do mandado de injunção, instrumento processual apto à solução do problema das omissões constitucionais e de rigorosa adequação para a efetivação dos direitos sociais.

É importante salientar que a proposta não é fazer uma análise abrangente das omissões inconstitucionais e do mandado de injunção, destacando os seus aspectos constitucionais e processuais; na verdade, estudar-se-ão esses assuntos no que dizem respeito à efetivação dos direitos sociais prestacionais inscritos na Constituição, sem a mínima pretensão de esgotar esses temas.

A efetivação judicial de direitos sociais constitucionais remete ao tema das omissões inconstitucionais. Canotilho (2003, p. 519-520) chega ao extremo de afirmar que os direitos sociais “ficam dependentes, na sua exacta configuração e dimensão, de uma intervenção legislativa conformadora e concretizadora, só então adquirindo plena eficácia e exequibilidade”.

Embora ilustre de forma eloquente o elo entre a efetivação dos direitos sociais e as omissões inconstitucionais, o entendimento do mestre português não é compartilhado pelo autor deste trabalho. O entendimento acolhido pelo autor é no sentido de que as normas que veiculam direitos sociais prestacionais, ainda que de eficácia plena (art. 5º, § 1º, da CF), demandam providências normativas e materiais para a sua adequada aplicação.

Dessa forma, as omissões inconstitucionais podem levar à insegurança jurídica no que diz respeito à efetivação dos direitos sociais prestacionais na via judicial (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 114). A omissão inconstitucional verifica-se sempre que o legislador ou a autoridade administrativa obrigado(a) a agir deixa de fazê-lo e nega, assim, eficácia à Constituição. No caso dos direitos sociais prestacionais: quando o legislador ou o administrador, por sua passividade, deixa de tomar as providências normativas ou materiais necessárias à efetivação desses direitos.

Como ensina Mendes (2005, p. 274-275), no Direito alemão e no Direito brasileiro, não há razão para entendimento diverso: à omissão inconstitucional corresponde o dever de legislar imposto pela Constituição. O dever de legislar, naquele sistema, pode decorrer de ordens diretas ou mesmo de princípios constitucionais, desenvolvidos por interpretação. Caso o dever de legislar seja descumprido pelo Parlamento, cabe ao Poder Judiciário agir, como ressalta Pedra (2008, p. 181):

“Como cediço, os Tribunais Constitucionais, enquanto garantes do elo constitucional da sociedade, não devem se ater, apenas, ao exercício do controle de constitucionalidade *stricto sensu* afastando do ordenamento jurídico aqueles atos considerados inconstitucionais. Referidas Cortes devem ir além e atuar em todas as dimensões de um verdadeiro ‘curador da Constituição’, buscando a efetivação de todas as normas constitucionais que, por vezes, permanecem em estado de latência em face de uma omissão normativa inconstitucional.”

Conforme André Rosa (2006, p. 31-32) explicita, o constitucionalismo à época das constituições liberais não demonstrou preocupação com as omissões inconstitucionais, que passaram a ser estudadas seriamente e a assumir importância no contexto histórico do surgimento das constituições do Estado Social, especialmente do período entreguerras.

Não parece difícil identificar o porquê dessa coincidência histórica. O grave problema da efetivação de direitos aparece com muito mais evidência em uma Constituição social, uma vez que ao Estado são impostas tarefas que devem ser realizadas para a promoção de bem-estar aos cidadãos, do que em uma constituição liberal, em que os direitos fundamentais, para serem efetivos, muitas vezes demandam apenas um não fazer estatal.

Essas tarefas, como tais, impõem uma postura ativa ao Estado, tanto sob o aspecto legislativo (o dever de produzir leis tratando dos direitos reconhecidos na Constituição), quanto sob o aspecto regulamentar (o dever de produzir regulamentos relacionados a essas leis) e, ainda, sob o aspecto executivo, gerencial (o dever de agir de forma a que os direitos sociais sejam efetivamente implantados no “mundo dos fatos”).

Assim é que André Rosa (2006, p. 46) escreve que “*Nos parece que sólo en el contexto del Estado social tiene sentido estudiar el tema de las*

omisiones legislativas”. E explica que (p. 102) o imperativo de promoção da igualdade material permite ao Poder Judiciário, nesse mister, não apenas funcionar como legislador negativo, mas também atuar como “*verdadero órgano de corrección activa de la labor del parlamento*”.

Com efeito, embora neste trabalho se entenda que os “vácuos” normativos fazem parte do ordenamento jurídico, as omissões inconstitucionais, evidentemente, não são desejáveis, uma vez que podem agir como um “processo anômalo de mutação constitucional”, promovendo a alteração informal da Constituição, em seu alcance, retirando-lhe força normativa, sem lhe alterar o texto (PEDRA, 2008, p. 189).

As omissões inconstitucionais podem ser legislativas ou administrativas. As primeiras, quando a Constituição impõe o dever de legislar e o Parlamento não o faz; as segundas, quando a autoridade administrativa deixar de regulamentar um direito constitucionalmente assegurado ou mesmo quando deixa de adotar providências executivas que garantam a sua efetivação.

A omissão inconstitucional pode ser total ou parcial (MENDES, 2005, p. 385-387). O primeiro caso acontece quando não há norma infraconstitucional sobre o tema; o segundo, quando a norma trata do tema de forma insuficiente.

As omissões inconstitucionais absolutas (totais) são de fácil reconhecimento, uma vez que se afiguram quando há uma norma constitucional estabelecendo um direito que não é eficaz por falta de edição de ato legislativo (ROSA, 2006, p. 155) ou administrativo.

No caso das omissões relativas, cabe uma análise mais detalhada, porque a insuficiente regulamentação infraconstitucional do direito constitucionalmente assegurado pode se apresentar, ao menos, sob duas formas (ROSA, 2006, p. 157): a) um ou alguns aspectos da norma constitucional não foram regulados (pensamos

que é o caso, por exemplo, da falta de inclusão de certos medicamentos essenciais à vida e à saúde nas listas da ANVISA de fornecimento gratuito pelo Sistema Único de Saúde – SUS); b) um ou alguns possíveis destinatários da norma constitucionais não foi ou não foram contemplado(s), podendo gerar um tratamento anti-isonômico.

O tema das omissões inconstitucionais remete diretamente aos instrumentos hábeis a colmatá-las, dentre os quais se destaca, no âmbito deste estudo, o mandado de injunção, instrumento previsto em nível constitucional no art. 5º, 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.”

Uma primeira afirmação que pode ser feita, a partir do dispositivo, é que o mandado de injunção se presta à regulamentação de direitos sociais constitucionais em sede legislativa (omissão legislativa) ou administrativa (omissão administrativa). Dessa forma, criam-se balizas mais seguras para a efetivação dos direitos sociais, como já destacado.

Segundo Cunha Júnior (2008, p. 533-535), a expressão “norma regulamentadora”, insculpida no art. 5º, XXXI, da CF/88, merece uma interpretação extensiva, de modo a abranger não apenas atos legislativos, mas também atos regulamentares e, até mesmo, atos materiais da Administração Pública. Com efeito, a inexistência de um ato regulamentar, ou a existência de um ato regulamentar incompleto, ou a omissão na realização de providências materiais – tudo pode dificultar ou, até mesmo, inviabilizar a fruição do direito social prestacional.

Apesar de não ser o único instrumento judicial apto à efetivação de direitos sociais prestacionais, como já exposto ao longo da

dissertação, possivelmente o mandado de injunção é o mais adequado, uma vez que é apto a conferir segurança jurídica à atuação judicial, especialmente se se entender, como se fará ao longo deste tópico, que a decisão prolatada no bojo desse instrumento gera efeitos *erga omnes*.

Dessa forma, o mandando de injunção apresenta-se como um importante instrumento para conferir força normativa à Constituição, no que concerne aos direitos sociais, com a vantagem de permitir que sejam conferidos judicialmente a esses direitos contornos mais definidos e, assim, mais seguros.

Quanto aos efeitos da decisão prolatada no mandado de injunção, podem-se listar as seguintes teorias (MAZZEI, 2008, p. 222 et seq.), tratadas sob outras denominações por outros autores, embora representado os mesmos conceitos:

- Teoria da Subsidiariedade – o julgador deve limitar-se a declarar a mora legislativa, cientificando a autoridade omissa sobre a mora na edição normativa. Foi adotada em diversos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do MI nº 107-3/DF;
- Teoria da Resolutividade – a natureza da decisão é constitutiva *inter partes*, com a criação pela via judicial da norma inexistente. Essa corrente divide-se entre os que entendem que o juiz, além de editar a norma para o caso concreto, deve resolvê-lo – caso do professor Ivo Dantas, em trabalho seminal (DANTAS, 1994, p. 97), bem como de Pacheco (2008, p. 359) – e aqueles que, contrariamente, entendem que a solução da lide é tema estranho ao mandado de injunção, devendo ser buscada em processo autônomo;
- Teoria Mista (Teoria da Subsidiariedade combinada com a da Resolutividade) – o juiz concede um prazo para que a autoridade competente edite a norma faltante. Ultrapassado o prazo, o juiz regulamenta o exercício do Direito; e a
- Teoria da Independência Jurisdicional – a decisão no mandado de injunção detém caráter constitutivo *erga omnes* e gera a edição de uma norma geral que se aplica a todos os casos análogos.

Ivo Dantas (2010, p. 342), em exposição sobre os efeitos do mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, explica que tradicionalmente a Corte adotou a corrente não concretista (ou da subsidiariedade), abraçando a tese de que os efeitos do mandado de injunção são análogos aos da ação de inconstitucionalidade por omissão, ou seja, cabe apenas prolatar a mora legislativa e comunicá-la à autoridade ou Poder competente (MI 219/DF).

Aponta, ainda, que uma nova fase é inaugurada em 1991, quando o Supremo Tribunal Federal adotou a corrente concretista intermediária,

ou teoria mista (DANTAS, 2010, p. 343), por meio da qual a Corte fixa um prazo para que a autoridade ou Poder edite a norma. Caso não o faça, a Corte confere o direito ao impetrante (MIs 283, 282 e 284).

Como destaca o mesmo autor (DANTAS, 2010, p. 344), o verdadeiro ponto de inflexão na jurisprudência do Supremo em relação ao tema ocorreu no ano de 2007. No julgamento do MI 721/DF, o Tribunal adotou a corrente concretista individual (teoria da resolutividade), quando aplicou “o art. 57 da Lei da Previdência Social (8.213/91) para conceder aposentadoria especial (por insalubridade) a servidora pública que teve negado o benefício pela inexistência da lei complementar mencionada no art. 40, § 4º, da Constituição Federal”.

Verifica-se, por ocasião do julgamento desse mandado de injunção, que o Poder Judiciário conferiu uma dimensão muito mais altaneira ao instrumento, atribuindo-se o poder-dever de elaborar uma norma no caso concreto analisado.

Nessa linha evolutiva, o Supremo Tribunal avançou ainda mais um degrau (DANTAS, 2010, p. 346), ao reconhecer, nos MIs coletivos 670, 708 e 712, o direito de greve aos servidores públicos, aplicando-se a lei de greve dos trabalhadores privados (Lei nº 7.783/89). A grande novidade, no julgamento desses MIs, é que às decisões foram conferidos efeitos *erga omnes*, aplicando-se a Lei nº 7.783/89 a todo o funcionalismo público e não apenas às categorias impetrantes, como se vê do excerto:

“MI 670

o Tribunal resolveu a omissão legislativa ‘com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, em parte, o senhor Ministro Maurício Correia (Relator)’, que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional e os senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações (...)” (BRASIL, 2008).

Vê-se, assim, que o entendimento mais recente abraçado pelo Supremo Tribunal Federal é o que se mostra mais consentâneo com a eficácia do mandado de injunção e que, dessa forma, o instrumento se reveste de perfeita adequação para sanar as omissões legislativas e regulamentares inconstitucionais, inclusive no que concerne aos direitos sociais prestacionais.

Todavia, cabe reconhecer que, muitas vezes, a efetivação de direitos sociais prestacionais não depende apenas de providências legislativas ou regulamentares, mas também de providências materiais.

A esse respeito, como ensina Ivo Dantas (2007, p. 512-513), por gerar efeitos concretos o mandado de injunção pode dar ensejo a que o Poder

Judiciário obrigue “a parte ré ao cumprimento da decisão, tal como determina a verdadeira inteligência da CF/88, em seu art. 5º, LXXI”. Certamente, o entendimento de Dantas confere ainda mais poder ao mandado de injunção e, em consequência, mais força às normas constitucionais, especialmente àquelas que albergam direitos fundamentais.

A única observação a ser feita aqui sobre esse entendimento é que, caso o cumprimento efetivo do direito seja de competência de pessoa diversa daquela responsável pela normatização, dever-se-á assegurar-lhe o contraditório e a ampla defesa, com garantia de efetiva participação no processo.

Por todas as razões expostas ao longo deste capítulo, entende-se aqui o mandado de injunção como um instrumento de poderosa eficácia no que diz respeito à efetivação judicial dos direitos sociais prestacionais, apto a sanar omissões legislativas e administrativas e, assim, assegurar a força normativa da Constituição.

Conclusão

O mandado de segurança e o mandado de injunção são aqui entendidos como instrumentos fundamentais para a efetivação dos direitos sociais constitucionais.

O primeiro, por ser um instrumento destinado a satisfazer direito líquido e certo do impetrante, o que ocorre quando não é satisfeito o direito social insculpido em norma constitucional autoaplicável.

O segundo, quando a falta de norma regulamentadora exigir, para a satisfação do direito, que a omissão inconstitucional seja sanada. Conforme demonstrado, ainda, quanto a este ponto, o trabalho defende que as decisões prolatadas em sede de mandado de injunção têm forte caráter abstrato, com efeitos *erga omnes*.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670/ES, de 25 de outubro de 2007. Relator: Ministro Maurício Corrêa. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 out. 2008.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade. In: _____; BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício (Org.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformada à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DANTAS, Ivo. *Mandado de injunção: guia teórico e prático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

_____. *Constituição e processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. *Novo direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de injunção. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 3. ed. Salvador: Podivm, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PACHECO, José da Silva. *Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. A constitucionalização do direito e o controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário. In: AGRA, Walber Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo: desafios do terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ROSA, Alexandre Moraes da; MARCELINO JÚNIOR, Julio Cesar. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica. *Constituição, economia e desenvolvimento - Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 1, ago./dez. 2009. Disponível em <http://www.abdconst.com.br/revista/revista_completa.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2012.

ROSA, André Vicente Pires. *Las omisiones legislativas y su control constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.