

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Processo Civil**

Ana Beatriz Brusco

**Mandado de injunção e separação de poderes:
Um cotejo entre o MI 721/DF e a visão do Min.
Moreira Alves no MI 107 QO/DF**

**Brasília – DF
2011**

Ana Beatriz Brusco

**Mandado de injunção e separação de poderes:
Um cotejo entre o MI 721/DF e a visão do Min.
Moreira Alves no MI 107 QO/DF**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Processo Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.
Orientador: Prof. MsC. Arnaldo Camanho de Assis

Brasília – DF
2011

Ana Beatriz Brusco

**Mandado de injunção e separação de poderes:
Um cotejo entre o MI 721/DF e a visão do Min.
Moreira Alves no MI 107 QO/DF**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Processo Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.
Orientador: Prof. MsC. Arnaldo Camanho de Assis

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

O mandado de injunção é o instrumento processual cabível quando a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício de direito ou liberdade constitucionais ou prerrogativas inerentes à cidadania, à soberania e à nacionalidade. Pressupõe a existência de um direito previsto em norma de eficácia limitada e a necessidade de regramento ulterior para seu exercício. Os efeitos produzidos pela decisão concessiva desse *writ* geram grande controvérsia. A corrente não-concretista entende que a decisão deve se limitar a declarar a inconstitucionalidade por omissão e a dar ciência ao Poder omissor. Não admite a regulamentação provisória pelo julgador em respeito ao princípio da separação de poderes. Os adeptos do posicionamento concretista, para evitar a inutilidade do provimento jurisdicional, inserem a possibilidade de regramento temporária dentro das atribuições do Poder Judiciário. Dividem-se em individuais, para os quais a decisão terá efeitos *inter partes*, e gerais, para quem os efeitos serão *erga omnes*. A controvérsia doutrinária se manifestou na viragem jurisprudencial sofrida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Injunção 721/DF. O antigo entendimento não-concretista, materializado no Mandado de Injunção 107 QO/DF, foi abandonado em prol da regulamentação provisória da matéria. O presente estudo tem por escopo fazer o cotejo entre os dois julgados, de forma a compreender a viragem jurisprudencial e os pontos críticos de cada posicionamento. Fez-se uso da metodologia dogmática para compreender o instituto do mandado de injunção e seu confronto com o princípio da separação de poderes e do estudo de caso para o cotejo entre os precedentes. Do estudo feito, conclui-se pela impossibilidade de se deferir competência para regulamentar provisoriamente a matéria ao Poder Judiciário sem se afrontar o princípio da separação de poderes. A preocupação com a efetividade dos direitos constitucionais levou a Corte a mitigar o princípio da separação de poderes sem autorização constitucional para tanto. A redação original do dispositivo pertinente aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão previa essa atribuição, mas restou suprimido. Se fosse atribuição do Supremo regulamentar provisoriamente a matéria, haveria disposição constitucional nesse sentido. Os efeitos atingidos pela ação de inconstitucionalidade por omissão, afeta ao interesse público e mais ampla que o mandado de injunção, consubstanciam limite para a interpretação do *writ*.

PALAVRAS-CHAVE: mandado de injunção – corrente concretista – corrente não-concretista – ação de inconstitucionalidade por omissão – omissão inconstitucional – separação de poderes – efetividade constitucional.

ABSTRACT

The Brazilian writ of injunction is the procedural tool used when the absence of regulations makes it impossible to exercise the constitutional right or freedom or prerogatives inherent to citizenship, sovereignty and nationality. Presupposes the existence of a right in a not-self-executing constitutional provision and the need for further laws for its exercise. The effects produced by the decision of granting protection writ generate much controversy. The non-concretist position believes that the decision should be limited to declaring the unconstitutionality by omission and notifying the silent power. This position doesn't admit regulatory measure by the judge as a way of respect to the principle of separation of powers. To the concretist position the main preoccupation is to avoid the useless of judicial remedy, so they insert the temporary regulatory within the judiciary powers. They are divided into individual, for which the decision will have effects *inter partes*, and general, for who the effects will be *erga omnes*. The controversy manifested itself in jurisprudential shift suffered by the Supreme Court in the trial of a Writ of Injunction 721/DF. The former non-concretist understanding, embodied in the Writ of Injunction 107 QO/DF, was abandoned in favor of adopting temporary rules in the final judicial decision. The scope of this study is to make the comparison between the two judged, in order to understand the jurisprudential shift and the critical points of each position. The dogmatic methodology was used to understand the Brazilian writ of injunction and his confrontation with the principle of separation of powers and the case study was used for the comparison between the precedents. From the study it is concluded that it is impossible to grant authority to temporary regulate the matter to the judiciary without offending the principle of separation of powers. Concern about the effectiveness of constitutional rights has led the Court to mitigate the principle of separation of powers without constitutional authorization for this. The original wording of the constitutional provision about the effects of the declaration of unconstitutionality by omission provided that assignment, but remained suppressed. If it was granting the Supreme regulate the matter provisionally, there would be a constitutional provision to that effect. The effects achieved by the action of unconstitutionality by omission, that protects public interest and is more comprehensive than the writ of injunction, are the limit to the interpretation of the writ.

KEYWORDS: Brazilian writ of injunction – concretist position – non-concretist position - action of unconstitutionality by omission - unconstitutionality by omission - principle of separation of powers – constitutional effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O MANDADO DE INJUNÇÃO	13
1.1 Conceito e pressupostos	13
1.2 Objeto.....	15
1.3 Competência, procedimento e legitimados.....	19
1.4 Natureza jurídica	22
1.5 Os efeitos da decisão do mandado de injunção	24
1.6 Coisa julgada e execução.....	30
2 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E SEPARAÇÃO DE PODERES NO MANDADO DE INJUNÇÃO.....	32
2.1 Omissão inconstitucional	32
2.2 Diferenciação de mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão.....	37
2.3 Mandado de injunção e separação de poderes	42
3 COTEJO ENTRE A VISÃO DO MIN. MOREIRA ALVES NO MI 107 QO/DF E O MI 721/DF	54
3.1 A visão do ministro Moreira Alves no Mandado de Injunção 107 QO/DF.....	54
3.2 Mandado de Injunção 721/DF.....	62
3.3 Cotejo entre o MI 721/DF e a visão do ministro Moreira Alves no MI 107 QO/DF	69
CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84

INTRODUÇÃO

O mandado de injunção é o remédio constitucional destinado a proteger o detentor de direito assegurado pela Constituição, mas previsto em norma de eficácia limitada e pendente de regulamentação. A ausência de disciplina legal acerca dessa ação fez com que o Supremo Tribunal Federal, em seu papel de intérprete da Lei Maior, definisse os delineamentos básicos do instituto ao julgá-lo.

O julgamento do Mandado de Injunção 721/DF¹ marcou a viragem jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. A Corte antes se limitava a declarar a existência de omissão inconstitucional e dar ciência ao Poder omissor para que a suprisse, postura chamada de não-concretista. Diante da pouca efetividade de suas decisões anteriores, no referido julgamento, definiu uma regulamentação provisória para o caso concreto, de modo a possibilitar o exercício do direito.

O novo posicionamento concretista do Supremo quanto aos efeitos da decisão do *writ* gerou grande controvérsia. De um lado, defende-se o novo entendimento concretista da Corte. Argumenta-se ser a omissão inconstitucional ofensa grave à integridade da ordem constitucional vigente. Assim, se leis inconstitucionais devem ser, o quanto antes, extirpadas do ordenamento jurídico, da mesma forma deve suceder com comportamentos omissivos em afronta ao Diploma Maior.

A supremacia da Constituição e sua força normativa são destacadas como elementos de justificativa dessa corrente. Os direitos previstos no texto constitucional são conquistas alcançadas pela sociedade e não devem ser reduzidos à mera proposta de intenções, mediante a inércia do Poder Público em efetivá-los. O mandado de injunção é visto pela corrente concretista como remédio adequado para se alcançar a efetividade dos direitos assegurados na Lei Maior.

Os concretistas enxergam no antigo posicionamento, não-concretista, verdadeiro óbice à realização constitucional. Criticam os antigos julgamentos do Supremo Tribunal Federal por tornar inútil o mandado de injunção e não resolver o

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011.

litígio apresentado. A prestação jurisdicional, para essa corrente, deve possibilitar o exercício do direito obstado pela ausência de regulamentação.

Do outro lado, o posicionamento anterior pode ser sintetizado na visão do ministro Moreira Alves, materializada no julgamento do MI 107 QO/DF. As críticas dirigidas à corrente não-concretista, quase sempre, fazem referência a esse precedente em especial. No voto proferido pelo ministro, encontram-se reunidos os argumentos desse posicionamento. Pode-se dizer ser esse julgamento o símbolo da antiga visão do Supremo acerca do mandado de injunção.

Os não-concretistas pregam a impossibilidade de se proceder à regulamentação, ainda que provisória, do caso concreto apresentado no mandado de injunção. Entendem que tal prática consistiria em usurpar a função do Poder Legislativo, por se tratar de disciplinar de maneira abstrata e geral a matéria. Assim, sustenta-se a ofensa ao princípio da separação de poderes na corrente concretista.

O contra-argumento quanto ao princípio da separação de poderes é de que tal função seria atribuída ao Poder Judiciário quando da previsão do mandado de injunção. Seria o caso de função normativa, e não legislativa², inerente ao julgamento do *writ* e integrante do sistema de freios e contrapesos instituído pela própria Constituição.

Acrescentam que “A atribuição ao judiciário da função de controlar as omissões inconstitucionais dos poderes constituídos é uma das formas criadas para minorar o problema da omissão do sistema político em realizar a vontade constitucional [...]”³. Explica-se: não se pode conceber desobediência aos comandos constitucionais e tolerar omissões quando a Constituição determina a ação do Estado significa negar sua normatividade.

A ineficácia do provimento jurisdicional é a principal crítica contra a corrente não-concretista. Esta justifica seu posicionamento sob o argumento de que a solução constitucional é ineficaz, porque assim o quis o legislador constituinte. Não cabe ao Supremo, sustenta, substituir-se ao constituinte e conceber solução diversa.

² Argumento utilizado pelo ministro Eros Grau. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 28-29.

³ MACIEL, Marcela Albuquerque. O Supremo Tribunal Federal e a omissão inconstitucional. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, v. 6, n. 60, p. 6827-6832, fev. 2006, p. 6827.

A decisão não-concretista, justifica, constitui voto de confiança nas instituições democráticas.

O estudo do mandado de injunção, portanto, muito embora não seja novidade, é atual. A divergência acerca dos delineamentos do instituto é reforçada pela ausência de regulamentação legal desse remédio constitucional. A interpretação jurisprudencial ganha especial relevo nesse panorama, uma vez que define substancialmente a natureza da ação e seus efeitos práticos, sem a participação dos demais Poderes de Estado.

As propostas legislativas para sua regulamentação abrem novamente a discussão. Longe de ter fim, a polêmica em torno do mandado de injunção é tema merecedor de aprofundamento e debate, principalmente para que se proceda à disciplina desse instituto em lei. A importância da questão também é destacada por tratar do problema da efetividade constitucional, mormente da postura do Poder Público frente aos direitos assegurados pela Constituição.

Outro aspecto dessa problemática diz respeito ao vigente fenômeno de agigantamento do Poder Judiciário. A inércia dos demais Poderes em solucionar as demandas sociais por meio de políticas públicas fez com que as decisões judiciais adentrassem nesse mérito. Não se nega o louvável esforço dos julgadores ao pretender realizar os direitos fundamentais. A questão que se impõe é acerca do limite dessa atuação política judicial e de sua legitimidade.

A tomada de decisões políticas exige representatividade democrática, de que carece o Poder Judiciário. Por outro lado, a constante intromissão do magistrado em funções que lhe são estranhas pode acabar por prejudicar o funcionamento do governo e a execução de políticas públicas. A ausência de controle sobre a atividade jurisdicional é outro problema.

Dessa forma, a regulamentação provisória por parte do Poder Judiciário transcende o caso concreto apreciado no mandado de injunção. Abrange o confronto entre as diferentes instituições estatais frente à necessidade de respeito aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. É tema atual, relevante e complexo.

A metodologia por meio da qual se desenvolverá o presente trabalho consiste na combinação entre a dogmática e o estudo de caso. Inicialmente, cumpre

conhecer do mandado de injunção, em seus aspectos gerais, para que se possa adentrar a polêmica quanto aos seus efeitos manifestada por meio dos citados precedentes jurisprudenciais.

Assim, a primeira parte do trabalho será desenvolvida com base na metodologia eminentemente dogmática. Serão abordados os pontos doutrinários, especialmente aqueles manifestados em artigos científicos, jurisprudenciais e normas correlatas ao tema. Como o mandado de injunção não foi regulado por lei específica, a pesquisa recairá sobre as normas constitucionais e a legislação do sobre procedimentos no STF e STJ⁴, aplicável ao instituto.

A metodologia dogmática também será usada para se conhecer do princípio da separação de poderes e sua aplicação frente ao mandado de injunção. Como principal crítica à viragem jurisprudencial, merece o princípio destaque e aprofundamento. Não há como estudar a controvérsia sem se conhecer da extensão da separação de poderes e de seus aspectos referentes ao sistema de freios e contrapesos no contexto do mandado de injunção.

O Supremo Tribunal Federal passou por uma sensível mudança de entendimento ao julgar o MI 721/DF. O caso é paradigmático por ser o primeiro cuja decisão final adota a postura concretista. Outros julgados apresentam votos ou parcela de decisão nesse sentido, todavia a corrente concretista só é primeiramente manifestada de forma completa nesse julgamento.

A Questão de Ordem no Mandado de Injunção 107/DF é igualmente importante por consistir em símbolo do antigo entendimento não-concretista e reunir os argumentos usados por essa corrente e atacados pelos concretistas. A segunda parte deste trabalho consistirá no estudo dos dois casos conjuntamente, como forma de visualização completa da controvérsia.

Os casos foram escolhidos não só devido à demonstrada importância no contexto da mudança de entendimento do Supremo, mas também por apresentarem semelhanças que facilitam a comparação entre eles. O MI 721/DF tem como objeto

⁴ BRASIL. Lei N. 8.038, de 28 de maio de 1990. *Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.* Publicada na DOU de 29.08.90.

a norma constitucional referente à aposentadoria especial dos servidores públicos e o MI 107/DF visava ao reconhecimento da estabilidade dos servidores militares.

Como se observa, além da origem em comum, os dois têm pertinência com o regime jurídico dos servidores públicos. A complexidade da regulamentação das matérias é outro ponto semelhante. A proximidade dos casos permite a melhor transposição dos argumentos usados pelos ministros e facilita o cotejo entre os mandados de injunção.

Assim, o trabalho será dividido em três partes. O primeiro capítulo cuida dos delineamentos gerais do mandado de injunção. Aborda o conceito e os pressupostos, o objeto, a competência, os legitimados e o procedimento, a natureza jurídica, os efeitos da decisão, a coisa julgada e a execução do mandado de injunção. Será desenvolvido segundo a metodologia dogmática, conforme exposto anteriormente.

É indispensável o conhecimento dos aspectos tratados no primeiro capítulo para o restante do trabalho. Permite a fixação das bases em que se originou a controvérsia e prepara o leitor para a compreensão dos próximos capítulos. Fixa o conhecimento básico necessário para o desenvolvimento da pesquisa.

O segundo capítulo adentra o cerne do debate jurisprudencial ao analisar a omissão inconstitucional e a separação de poderes no mandado de injunção. Segue a metodologia dogmática. Primeiro, abordará o problema da inconstitucionalidade por omissão, como forma de ofensa ao sistema constitucional vigente, bem como as ações judiciais cabíveis para atacá-lo. Depois, será feita a distinção entre a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção para, por fim, compreender o problema da separação de poderes no *writ*.

O último capítulo abordará a controvérsia jurisprudencial, na forma de estudo de caso. Começará com a definição do caso e dos argumentos expostos no Mandado de Injunção 107 QO/DF e, igualmente, com o Mandado de Injunção 721/DF. Finalmente, será feito um cotejo entre os dois julgados, contrastando as razões aduzidas por cada um e as conclusões alcançadas.

O objetivo final desta pesquisa é entender a viragem jurisprudencial ocorrida no Supremo Tribunal Federal. O cotejo entre os julgamentos escolhidos permitirá que se contrastem os argumentos e as críticas de cada uma das correntes quanto

aos efeitos do mandado de injunção. Pretende-se concluir os problemas e os benefícios em se adotar o concretismo ou o não-concretismo e fixar qual melhor se encaixa na ordem constitucional vigente.

1 O MANDADO DE INJUNÇÃO

1.1 Conceito e pressupostos

O constituinte buscou dar máxima efetividade aos direitos fundamentais e, para tanto, instituiu meios de garantir seu cumprimento. Nesse contexto, encontra-se o inciso LXXI do artigo 5º da Constituição: “Art. 5º. [...] LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma reguladora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”⁵.

Pode-se conceituar esse remédio como a “[...] *ação constitucional apta à tutela dos direitos constitucionais individuais, coletivos ou difusos, não fruíveis, por seus titulares, em razão de falta de regulamentação. Hipossuficiência regulamentar.*”⁶. A Constituição Federal de 1988 inovou ao prever o mandado de injunção, remédio apto a combater a inércia legislativa. A preocupação com a omissão do legislador passa ser enfrentada de maneira similar ao problema das normas inconstitucionais.

“As Constituições editadas no contexto do paradigma do Estado Social, sobretudo no pós-guerra, suscitaram o problema da ineficácia das normas constitucionais definidoras de obrigações positivas para os órgãos estatais [...]”⁷. A Lei Maior brasileira, marcada por dotar o Estado de um papel ativo frente à sociedade, enfrenta também o problema da ineficácia dessas obrigações positivas.

⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Publicada no DOU de 05.10.1988.

⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: RT, 1991, p. 36.

⁷ CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 257.

A primeira forma encontrada pelo constituinte para combater tal problemática foi estabelecer que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”⁸. Desse dispositivo, é possível tirar duas conclusões. A primeira é a de acrescentar ao conceito do instituto que:

[...] o mandado de injunção se mostra como ferramenta precisa que viabiliza o § 1º do art. 5º. Por meio de uma exegese sistemática, que conjuga o § 1º do art. 5º com seu inciso LXXI, constatamos a clara e inequívoca intenção do Poder Constituinte originário em dar plena eficácia aos dispositivos definidores dos direitos e garantias fundamentais [...]⁹.

A outra conclusão é de que, a despeito de não ter sido regulamentado o inciso LXXI do artigo 5º da Constituição, o dispositivo resta plenamente aplicável. A ausência de norma não impede o manejo dessa ação constitucional desde logo. “Nesse sentido, não mais se discute na atualidade que a norma definidora do mandado de injunção seja auto-aplicável (ou norma de eficácia plena) [...]”¹⁰.

“O pressuposto do MI será a omissão, o comportamento negativo do Poder Público que se abstém do dever jurídico de criar condições para tornar aplicável uma norma legal autorizante.”¹¹. Para a impetração de mandado de injunção são necessárias, portanto, a presença de uma norma constitucional definidora de direito ou liberdade e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, que dependa da ação do legislador, e a inércia deste.

O raciocínio inverso leva à conclusão de que não é qualquer omissão legislativa que autoriza a ação de mandado de injunção. “Assim, o mandado de injunção não é remédio para qualquer tipo de omissão legislativa, mas apenas para aquela que afete o exercício de direitos constitucionais fundamentais.”¹².

Uma das conseqüências desse remédio é dar ao controle de constitucionalidade maior amplitude. A inconstitucionalidade por omissão não só

⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Publicada no DOU de 05.10.1988. Art. 5º. § 1º.

⁹ BALDI, Willian Meneses. O mandado de injunção analisado por meio da sistemática constitucional e suas implicações no ordenamento jurídico. *Cadernos de Iniciação Científica*. São Bernardo do Campo: FDSBC, n. 2, p. 131-140, jan./dez. 2005, p. 134.

¹⁰ DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira; RIBEIRO, Fernando José Armando. Aplicabilidade do mandado de injunção como viabilizador do exercício do direito social ao lazer. *De jure*. Belo Horizonte: MO-MG, n. 11, p. 415-445, jul./dez. 2008, p. 418.

¹¹ CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. Mandado de injunção e hermenêutica constitucional. *Espaço jurídico*. Joaçaba: Editora Unoesc, v. 7, n. 1, p. 65-76, jan./jun. 2006, p. 69.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 289.

passar a ser reconhecida como vício do ordenamento jurídico, como ganha ferramentas para saná-la em concreto. Assim, “O mandado de injunção, enquanto garantia constitucional, é um dos instrumentos de tutela constitucional das liberdades, posto à disposição dos cidadãos [...] com nota de operar no âmbito do controle de constitucionalidade.”¹³.

Diante do exposto, extrai-se a característica de transitoriedade dessa ação constitucional. Como ressalta Rodrigo Mazzei:

[...] o mandado de injunção é figura jurídica marcada pela *transitoriedade*, já que na medida em que as omissões legislativas vão se extinguindo, o instituto proporcionalmente irá perder espaço. Se extintos integralmente os vazios de regulamentação, não haverá motivos a ensejar o mandado de injunção.¹⁴.

José Afonso da Silva destaca, ainda, a presença da equidade:

O *mandado de injunção* é, portanto, um instituto processual civil, outorgado ao legítimo interessado como remédio constitucional para a obtenção, mediante decisão judicial de equidade, a imediata e concreta aplicação de direito, liberdade ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania popular ou à cidadania, quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu regular exercício.¹⁵.

Em suma, o mandado de injunção é a ação prevista constitucionalmente para combater a inércia legislativa que impeça o exercício de direito constitucionalmente previsto. Pressupõe a existência de um direito constitucionalmente previsto, a omissão do legislador e o nexo de causalidade entre ambos. É marcada pela transitoriedade, pois a tendência é que os espaços não regulamentados desapareçam, e pela equidade em que se baseará a decisão do julgador.

1.2 Objeto

O objeto de uma ação é o direito por ela tutelável. O mandado de segurança, por exemplo, destina-se a proteger o direito líquido e certo não amparável por habeas corpus ou habeas data quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de

¹³ DEMO, Roberto Luis Luchi. As “medidas provisórias” do Poder Judiciário. *AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, v. 35, n. 105, p. 319-326, mar. 2007, p. 320.

¹⁴ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Ações Constitucionais*. 4. Ed. Salvador: JUSPODIVM, 2009, p. 217.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 51-52.

poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público ¹⁶. Da mesma forma, o direito a ser perseguido pela via processual do mandado de injunção será o seu objeto.

Assim, sustenta-se que “[...] apenas será objeto do mandado de injunção as normas de eficácia limitada prescritivas de direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.” ¹⁷. Acrescenta Gilmar Mendes:

O mandado de injunção há de ter por objeto o não-cumprimento de dever constitucional de legislar que, de alguma forma, afeta direitos constitucionalmente assegurados (falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania e à cidadania). ¹⁸.

O objeto dessa ação, todavia, abrange os direitos constitucionais como um todo. “Todo e qualquer direito constitucional consagrado, positivado, é apto *em princípio* a servir de fundamento jurídico à injunção, esteja geograficamente inserido aonde estiver, seja no art. 1º ou no art. 70 das Disposições Transitórias.” ¹⁹. A explicação reside na dificuldade em precisar o que são direitos e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania configuraria obstáculo ao exercício do mandado de injunção.

Ademais, o sistema de direitos fundamentais é inerente à própria noção de Estado de Direito e, portanto, faz parte da cidadania e da nacionalidade. As garantias fundamentais devem ser interpretadas de maneira a lhes conferir a maior efetividade possível. A isso, agrega-se a localização do dispositivo referente ao mandado de injunção no texto constitucional junto às garantias fundamentais e se chega à conclusão pela amplitude de seu objeto.

A atuação do Poder Judiciário nesse âmbito é justificada. Não é caso de incumbência exclusiva dos outros poderes do Estado. “Se considerarmos que os direitos fundamentais são condições para a cooperação democrática, então o

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Publicada no DOU de 05.10.1988. Art. 5º. LXIX.

¹⁷ HENRIQUES, Cristina Giudice Batista. A nova interpretação do mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista CEJ*. Brasília: CEJ, v. 14, n. 48, p. 14-25, jan./mar. 2010, p. 19.

¹⁸ MENDES, Gilmar. Mandado de injunção. *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: IDP, v. 1, n. 1, p. 5-23, jul.-set./2005, p. 5.

¹⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: RT, 1991, p. 34.

Judiciário possui também a prerrogativa de concretizá-los, quando tem lugar a inércia dos demais ramos do Estado na realização dessa tarefa.”²⁰.

A norma constitucional em que está inserido o direito fundamental deve ter sua aplicação inviabilizada em virtude da ausência de regulamentação. A omissão regulamentadora redundaria na impossibilidade de exercício do direito assegurado. O ordenamento jurídico não será suficiente para apresentar solução ao caso.

Se o sistema jurídico, o ordenamento, consegue prover uma solução normativa apta a permitir o exercício do direito fundamental, não se pode falar em ausência de norma, mas sim de regramento específico. A falta de norma não é sinônimo de norma inadequada, insatisfatória ou insuficiente, razão pela qual não cabe a impetração em tais casos, ao contrário do que ocorre quando se estiver a tratar de norma inconstitucional que, por ser considerada como juridicamente inexistente, autorizaria a impetração do *writ*.²¹

No caso de atuação regulamentadora insuficiente do Estado, o direito constitucionalmente assegurado não poderá ser plenamente exercido. “Pode haver ausência apenas parcial da norma regulamentadora.”²². Será o caso em que, mesmo diante da norma, há lacuna quanto ao direito previsto. Por conseguinte, “[...] a indeterminação do significado da norma geral e abstrata da lei não oferece elementos suficientes de aplicabilidade para socorrer o direito garantido.”²³.

[...] este [o mandado de injunção] serve somente naqueles casos em que não haja integração *suficiente*. Nestas situações, sem dúvida, o mandado de injunção é cabível. Este é o primeiro pressuposto do mandado de injunção – a falta de norma integradora ou ainda que esta norma não seja suficiente, apta à fruição do direito constitucional invocado.²⁴

Não sendo o caso de omissão normativa, não cabe mandado de injunção. O objeto da ação não coincidirá com o do *writ*, logo o meio processual será impróprio ao fim que se pretende alcançar com a tutela jurisdicional. Como explica Rodrigo Mazzei:

²⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez, v. 9, n. 43, p. 97-116, maio/jun. 2007, p. 106.

²¹ LESSA, Luiz Fernando Voss Chagas. *A internalização dos tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição de 1988*. 2004. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 231.

²² WIEDEMANN NETO, Ney. Mandado de injunção. *AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, v. 33, n. 104, p. 201-215, dez. 2006, p. 206.

²³ SILVA, José Afonso da. *Mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 20.

²⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: RT, 1991, p. 33.

Dessa forma, conclui-se que se a carência de norma regulamentadora não impedir o exercício e fruição do direito, não caberá mandado de injunção (já que se tratará de norma auto-aplicável), como também não será hipótese do *writ* a pretensão de *verificação* de lei ou ato normativo já existente, mas que esteja incompatível com o cânone da legislação a ser regulamentada.²⁵

A alegação de inconstitucionalidade da norma não se presta para caracterizar a omissão parcial. Explica-se: “[...] quando a norma editada para implementar a Constituição padeça de eventual inconstitucionalidade por restringir indevidamente a hipotética *mens constitutionis*, não cabe mandado de injunção.”²⁶. Nesse caso, a via adequada é o controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, e não a injunção.

A questão que ora se impõe, portanto, reside em saber se a norma constitucional possui aptidão para produzir seus efeitos desde logo ou se depende de regulamentação para tanto.

Nesses casos, a aplicabilidade da norma fica dependente da elaboração de lei ou de outra providência regulamentadora, a qual, não existindo, inviabiliza o exercício do direito. Sendo assim, o real objeto do mandado de injunção deve ser delimitado a partir do entendimento de qual seria a norma carente de regulamentação.²⁷

“É no contexto das normas constitucionais de eficácia limitada que se insere o mandado de injunção, especificamente no que tange às normas programáticas que instituem direitos sociais.”²⁸. As normas de eficácia plena e as de eficácia contida podem, desde logo, produzir efeitos. Assim, o campo de incidência da injunção restringe-se às normas de eficácia limitada.

A partir do objeto desse remédio constitucional, chega-se ao direito à emissão de normas. Diz-se que “A criação do mandado de injunção pela Constituição de 1988, como um instrumento processual específico para a atuação

²⁵ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Ações Constitucionais*. 4. Ed. Salvador: JUSPODIVM, 2009, p. 213.

²⁶ DEMO, Roberto Luis Luchi. As “medidas provisórias” do Poder Judiciário. *AJURIS*. Porto Alegre: *AJURIS*, v. 35, n. 105, p. 319-326, mar. 2007, p. 321.

²⁷ HENRIQUES, Cristina Giudice Batista. A nova interpretação do mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista CEJ*. Brasília: CEJ, v. 14, n. 48, p. 14-25, jan./mar. 2010, p. 18.

²⁸ LIMA, Fábio Quintas. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 5, n. 20, p. 82-102, mar./abr. 2008, p. 86.

do direito à emissão de normas, torna, deste modo, inegável a configuração desse direito.”²⁹.

Não se diga, precipitadamente, que a conclusão é de ser o Poder Judiciário quem deva suprir essa omissão legislativa. Tal análise deverá ser feita quanto aos efeitos que se atribuem a esse remédio constitucional e sua compatibilização com o sistema constitucional como um todo. Por ora, completa-se o raciocínio com a relação que se estabelece entre o dever de legislar e o direito à emissão da norma.

Paralelamente ao dever específico do parlamentar de legislar sobre determinadas matérias é que existiria o direito subjetivo público, ou procedimental, à regulamentação legal do direito subjetivo material cujo exercício esteja obstado pela falta de norma regulamentadora prevista para tanto.³⁰

O mandado de injunção, portanto, tem como objeto norma constitucional de eficácia limitada instituidora de um direito fundamental que não possa ser exercido em virtude da ausência de regulamentação. O local em que se encontra essa norma na Constituição é irrelevante, contanto que se cuide de caso de inércia dos poderes constituídos. Estabelece-se, ao lado do dever de legislar, o direito à emissão de normas.

1.3 Competência, procedimento e legitimados

A Constituição Federal estabelece a competência jurisdicional do mandado de injunção quando trata da organização do Poder Judiciário. O órgão incumbido do julgamento “[...] se estabelece de acordo com a autoridade responsável pela elaboração da norma regulamentadora, ou seja, a competência será definida conforme a autoridade responsável pela edição da norma faltosa.”³¹.

Assim, a competência será do STF quando a atribuição para elaborar a norma seja do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos

²⁹ MACIEL, Marcela Albuquerque. O Supremo Tribunal Federal e a omissão inconstitucional: a tarefa realizadora da Constituição e o mandado de injunção. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, v. 6, n. 60, p. 6827-6832, fev. 2006, p. 6830.

³⁰ MACIEL, Marcela Albuquerque. O Supremo Tribunal Federal e a omissão inconstitucional: a tarefa realizadora da Constituição e o mandado de injunção. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, v. 6, n. 60, p. 6827-6832, fev. 2006, p. 6830.

³¹ HENRIQUES, Cristina Giudice Batista. A nova interpretação do mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista CEJ*. Brasília: CEJ, v. 14, n. 48, p. 14-25, jan./mar. 2010, p. 16.

Deputados, do Senado Federal, das Mesas dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo ³². O Superior Tribunal de Justiça terá jurisdição se a autoridade omissa for órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuada a competência do STF ³³.

A atribuição de competência para o julgamento de determinado tipo de ação leva em conta o juízo mais adequado para conhecer do objeto da demanda e conceder o provimento jurisdicional. Não há espaço para casuísmos e escolhas aleatórias. Caso contrário, restaria ferida a lógica do sistema jurídico. A proteção ao direito não seria adequada e o exercício da jurisdição se mostraria de pouca ou nenhuma valia.

Adotando a premissa de que o *writ* em questão deveria sanar a omissão nos casos concretos (e não apenas declarar a mora legislativa), é louvável a concentração de competência para essas demandas, com vista à proteção da integridade e da coerência do ordenamento jurídico. ³⁴

Caso se entenda que, além de sanar a omissão, o julgador deva conceder o direito reclamado pela parte, essa regra pode não ser adequada. Os Tribunais Superiores não são instâncias aptas a dilação probatória exigida nesse caso. Sob a premissa da impossibilidade de o Poder Judiciário regulamentar o caso, por outro lado, admite-se a harmonização dessa regra de competência ao instituto do mandado de injunção.

O mandado de injunção, ironicamente, ainda não possui regulamentação. A doutrina já se posicionava pela aplicação da lei referente ao mandado de segurança no que fosse compatível. A Lei n. 8.038, que institui normas procedimentais para os processos perante o STF e o STJ, positivou esse entendimento ³⁵. Dessa forma, “O

³² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Publicada no DOU de 05.10.1988. Art. 102, I, “q”.

³³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Publicada no DOU de 05.10.1988. Art. 105, I, “h”.

³⁴ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (*falsos*) dogmas. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: IBAP e APRODAB, v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006, p. 125.

³⁵ “Art. 24. [...] Parágrafo único. No mandado de injunção e no *habeas data*, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica.”. BRASIL. Lei N. 8.038, de 28 de maio de 1990. *Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal*. Publicada na DOU de 29.08.90.

procedimento adotado por analogia é do mandado de segurança. Não existe prazo preclusivo para a impetração de mandado de injunção.”³⁶.

Enquanto a lei não o regulamenta, aplica-se ao mandado de injunção, por analogia, o procedimento do mandado de segurança. Estão legitimados os detentores de direito abstratamente conferido pela Constituição e cujo exercício tenha sido inviabilizado pela falta de norma regulamentadora. Reconhece-se a possibilidade de impetração coletiva por sindicato ou associação [...] ³⁷

Os legitimados ativos, portanto, são aqueles cujo direito constitucionalmente assegurado esteja inviabilizado em virtude da ausência de norma regulamentadora. No pólo passivo, a legitimidade é da autoridade responsável pela edição de tal norma, em função da qual se fixou a competência. Acrescenta-se que não há menção, no texto constitucional, de integração do pólo passivo pela entidade de direito público.

Quanto à possibilidade de concessão de medida liminar no mandado de injunção, diz-se que essa ação “Não admite liminar.”³⁸. Argumenta-se haver incompatibilidade entre o *writ* e essa espécie de medida judicial. A ressalva a ser feita é de que “[...] a liminar eventualmente deferível por força da aplicação subsidiária da legislação que rege o mandado de segurança teria em tese, natureza cautelar, assecuratória do resultado a ser alcançado.”³⁹. Acrescenta-se que:

Mesmo tendo presente a possibilidade teórica de concessão de liminar de natureza protetiva do resultado — decorrente da aplicação subsidiária da lei de regência do mandado de segurança — ou de liminar antecipatória do resultado pretendido — decorrente da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil —, há de se adequar tais possibilidades à finalidade mesma do mandado de injunção.⁴⁰

A possibilidade ou não de concessão de liminar em mandado de injunção, também, depende do que se entende por provimento jurisdicional dessa ação.

³⁶ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Mandado de injunção. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, n. 15, p. 291-310, jan./jun. 2005, p. 303.

³⁷ SCHÄFER, Gilberto. A possibilidade de utilizar o mandado de injunção para a fixação de subsídios previstos constitucionalmente. *AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, v. 34, n. 106, p. 57-64, jun. 2007, p. 58.

³⁸ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Mandado de injunção. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, n. 15, p. 291-310, jan./jun. 2005, p. 303.

³⁹ ASSIS, Arnaldo Camanho de. Liminares no mandado de injunção. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564, p. 26.

⁴⁰ ASSIS, Arnaldo Camanho de. Liminares no mandado de injunção. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564, p. 26.

Admitir que o julgador possa suprir, ainda que provisoriamente, a norma regulamentadora conduz a uma conclusão:

Ou seja, o julgador poderá, desde o início da trilha procedimental, antecipar o resultado pretendido, suprimindo imediatamente a ausência da norma regulamentadora para, desde logo, estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados.⁴¹

Se o provimento for a concessão de prazo razoável para que se supra a omissão, sob pena de o interessado poder promover ação própria para exercer seu direito:

[...] não caberá, em princípio, a concessão de liminar, uma vez que o estabelecimento das condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercer os direitos, as liberdades e as prerrogativas carentes de regulamentação, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado (letra **c**, *supra*), pressupõe o necessário exaurimento do prazo fixado para a edição da norma regulamentadora.⁴²

A competência fixada constitucionalmente para o mandado de injunção indica o perfil dessa ação, pois o órgão incumbido do julgamento é o juízo considerado mais adequado pelo legislador constituinte. A ausência de norma regulamentadora desse instituto leva à aplicação subsidiária do procedimento referente ao mandado de segurança. Para entender quais os dispositivos compatíveis, é preciso fazer uma leitura do perfil constitucional do mandado de injunção.

1.4 Natureza jurídica

A natureza jurídica dessa ação poderia ser, de início, apontada como mandamental. Isso em virtude da denominação empregada pelo constituinte. Sabe-se, entretanto, que não é nome quem empresta natureza a algo. A natureza jurídica do mandado de injunção deverá ser definida a partir da essência que lhe é atribuída.

Atribui-se natureza de controle repressivo e jurisdicional de constitucionalidade ao argumento de que:

⁴¹ ASSIS, Arnaldo Camanho de. Liminares no mandado de injunção. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564, p. 27.

⁴² ASSIS, Arnaldo Camanho de. Liminares no mandado de injunção. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564, p. 28.

Quando se trata do mandado de injunção, podemos enquadrá-lo, também, dentre as modalidades de controle repressivo e jurisdicional da constitucionalidade, como controle difuso e concreto da inconstitucionalidade por omissão, já que ele tem por pressuposto a impossibilidade do exercício de um direito constitucional em razão da ausência de uma norma regulamentadora infraconstitucional.⁴³

Nesse sentido, poder-se-ia atribuir essa natureza a toda e qualquer ação prevista no ordenamento jurídico pátrio. O controle difuso de constitucionalidade adotado permite que todo juiz exerça o controle de constitucionalidade ao decidir as causas que lhe são apresentadas. Todo processo, portanto, é meio para se alcançar a supressão de inconstitucionalidade obstáculo ao exercício de um direito.

Não se nega essa qualidade de controle jurisdicional repressivo de constitucionalidade. Apenas não é possível apontá-la como da essência do mandado de injunção em particular, mas sim inerente a qualquer ação no âmbito processual brasileiro. Especificamente, diz-se que “[...] o processo injuncional será de conhecimento com subsequente execução de sentença em muitos casos; em outros casos, talvez apenas com execução cominatória ou mandamental como no mandado de segurança.”⁴⁴

Ressalvas também se aplicam a essa afirmação. O procedimento a ser adotado, conforme afirmado anteriormente, é o do mandado de segurança. Não há, portanto, espaço para dilação probatória, necessária ao processo de conhecimento. O que determinará a natureza jurídica será, justamente, o modo de execução da sentença.

Os argumentos para que se entenda pela natureza mandamental são:

[...] i) a denominação do instituto, que contém a expressão *mandado*; ii) a previsão contida no art. 102, inciso II, letra a, segundo a qual caberá recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal, quando denegatória a *ordem*; iii) a competência para apreciar e julgar o *writ* ser definida em razão do órgão que deveria suprir a omissão normativa (o que induz à conclusão de que esses órgãos deverão integrar a lide).⁴⁵

⁴³ SOUZA, Luciane Moessa de. Efeitos da decisão no mandado de injunção: cotejo com a ação civil pública e a ação popular. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 16, n. 65, p. 160-178, out./dez. 2008, p. 175.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 28.

⁴⁵ LIMA, Fábio Quintas. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 5, n. 20, p. 82-102, mar./abr. 2008, p. 94.

Acerca das conseqüências da ordem emitida pelo Poder Judiciário, quando do julgamento do mandado de injunção, pode haver compreensão diversa a depender dos efeitos atribuídos à sua decisão. Assim, “O mandado de injunção tem natureza mandamental (nos termos do MI 107), sendo que, de ordinário, essa mandamentalidade representa, apenas, a notificação da autoridade coatora sobre a existência da mora.”⁴⁶.

Em outro sentido, “O mandado de injunção possui natureza mandamental constitutiva, pois estabelece prazo para a elaboração da norma ordinária inexistente e após o transcurso do lapso temporal prevê o regramento para o caso concreto.”⁴⁷. Outra possibilidade é entender que:

[...] a não observância do mandado judicial deve desencadear medidas punitivas que se voltam ao restabelecimento da autoridade do Judiciário, com o pronto cumprimento da ordem (ou a resultado prático equivalente). Para tanto, exige essa espécie de provimento grande dose de criatividade judicial, para garantir a sua auto-executividade.⁴⁸

O tratamento constitucional dispensado ao mandado de injunção, bem como a previsão de legal de aplicar-lhe subsidiariamente as normas referentes ao mandado de segurança, leva à conclusão de ser mandamental sua natureza jurídica. A extensão da ordem emitida pelo julgamento será determinada pelos efeitos atribuídos a esse instituto.

1.5 Os efeitos da decisão do mandado de injunção

A grande polêmica em torno do mandado de injunção reside em fixar quais os efeitos do seu provimento jurisdicional. Isso ocorre porque “[...] a CR 1988 não definiu expressamente os efeitos da decisão judicial proferida em sede de mandado

⁴⁶ LIMA, Fábio Quintas. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 5, n. 20, p. 82-102, mar./abr. 2008, p. 99.

⁴⁷ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Mandado de injunção. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, n. 15, p. 291-310, jan./jun. 2005, p. 293.

⁴⁸ LIMA, Fábio Quintas. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 5, n. 20, p. 82-102, mar./abr. 2008, p. 94.

de injunção [...]”⁴⁹. A doutrina e a jurisprudência se dividem em duas vertentes: concretista e não concretista.

A posição não concretista “[...] é baseada na idéia de que ao Juiz somente seria dado aplicar a norma existente, nunca suprir uma inexistente, nem lhe seria permitido fazer as vezes de legislador.”⁵⁰. Também chamada de teoria de subsidiariedade, seu principal argumento é que “[...] não poderá a Justiça legislar pelo Congresso Nacional, mesmo porque a Constituição manteve a independência dos Poderes (art. 2º).”⁵¹.

Pela teoria da subsidiariedade o órgão julgador, ao decidir o pedido do mandado de injunção, limitar-se-á a declarar a mora legislativa, cientificando o (omisso) responsável pela edição da normativa necessária, tal como ocorre com a ação de inconstitucionalidade por omissão [...]⁵²

O julgamento do mandado de injunção, de acordo com esse entendimento, “[...] determinará que o órgão competente (do Legislativo, do Executivo ou do próprio Judiciário) expeça a norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente dessa normatividade ou decidirá concretamente sobre o exercício do direito do postulante, se entender dispensável a norma regulamentadora.”⁵³.

Critica-se esse posicionamento sob a afirmação de que acarreta a equiparação entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. “Entretanto, tal interpretação agride a sistemática constitucional que exatamente prevê mecanismos distintos para situações e soluções diversas.”⁵⁴. Não haveria necessidade de limitar o rol dos legitimados à ação de inconstitucionalidade por omissão para depois prever ampla legitimação em outra ação de idêntico escopo.

⁴⁹ CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 258.

⁵⁰ CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. Mandado de injunção e hermenêutica constitucional. *Espaço jurídico*. Joaçaba: Editora Unoesc, v. 7, n. 1, p. 65-76, jan./jun. 2006, p. 69.

⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 294.

⁵² MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (falsos) dogmas. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: IBAP e APRODAB, v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006, p. 126.

⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 294.

⁵⁴ CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. Mandado de injunção e hermenêutica constitucional. *Espaço jurídico*. Joaçaba: Editora Unoesc, v. 7, n. 1, p. 65-76, jan./jun. 2006, p. 70.

Outra crítica é de condenar o *writ* à inutilidade, por não surtir efeitos a mera notificação do poder omissivo:

Ora, se fosse para o autor permanecer na situação em que se encontrava no momento anterior ao da sentença, seria mais razoável ele permanecer inerte, ao invés de preocupar-se em demonstrar seu interesse processual, sua legitimação e mais outros detalhes necessários para se impetrar o indigitado *writ*.⁵⁵

A posição concretista parte da premissa de que “[...] é obrigação do Estado propiciar [*sic*] os meios para que os cidadãos possam exercer os seus direitos e prerrogativas constitucionais, assim a omissão de algum poder que impede o exercício de um direito ou prerrogativa constitui-se numa irregularidade.”⁵⁶

A adoção desse entendimento levaria à afirmação de que “[...] o *mandado de injunção* torna todas as normas constitucionais potencialmente eficazes e de aplicabilidade imediata.”⁵⁷, uma vez que exigíveis perante o Judiciário. Não haveria incompatibilidade com a Constituição, pois “[...] ao conceder o provimento adequado ao Mandado de Injunção, **o Judiciário não cria, de forma alguma, direito novo**, mas apenas trata de **concretizar a vontade formalmente já manifestada pelo Poder Constituinte [...]**”⁵⁸.

Rebate-se a crítica de usurpação da função legislativa pelo julgador ao dizer: “[...] não há que se falar em legislação propriamente dita ao proceder o Judiciário à regulamentação provisória de direitos constitucionais, eis que a fonte destes é a própria Constituição. O direito subjetivo é conferido pela Lei Maior, não criado pelo Judiciário.”⁵⁹

Argumenta-se que quando o legislador não regulamenta direito conferido pela Constituição: “[...] não deixa ele, por isso, de ser “direito”, e como direito

⁵⁵ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (*falsos*) dogmas. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: IBAP e APRODAB, v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006, p. 135-136.

⁵⁶ CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. Mandado de injunção e hermenêutica constitucional. *Espaço jurídico*. Joaçaba: Editora Unoesc, v. 7, n. 1, p. 65-76, jan./jun. 2006, p. 69.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 25.

⁵⁸ HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 162-163.

⁵⁹ SOUZA, Luciane Moessa de. Efeitos da decisão no mandado de injunção: cotejo com a ação civil pública e a ação popular. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 16, n. 65, p. 160-178, out./dez. 2008, p. 170.

(subjetivo) que é, não pode deixar de ser exigível judicialmente. Cabe, então, ao Judiciário, viabilizar seu exercício, no caso concreto, independente da *interpositio legislatoris*.”⁶⁰.

A posição concretista se subdivide em geral ou da independência jurisdicional e individual ou da resolutividade. Esta defende que “A impetração do mandado de injunção tem por escopo lograr a edição de uma norma, provisória, destinada a regulamentar uma situação específica, em resolução a um litígio determinado e em proveito específico do impetrante.”⁶¹.

Dessa forma, a teoria da resolutividade: “[...] considera a decisão final do mandado de injunção como constitutiva inter partes, relativamente à criação da norma faltante.”⁶². A solução da demanda residiria na elaboração, pelo julgador, da norma específica para o caso concreto e:

Cabe ao Judiciário buscar a norma jurídica nas mesmas fontes materiais que se abeberaria o legislador para formular a lei, suprindo o vazio legislativo, mas tão-somente regulando o caso em espécie, submetido a julgamento. Não se trata, porém, da equidade do caso concreto, mas sim da equidade social, ainda que limitada sua incidência ao autor da ação.⁶³.

A teoria da independência jurisdicional ou concretista geral entende que “[...] a natureza da sentença proferida em mandado de injunção deve possuir caráter constitutivo *erga omnes*, pelo que caberia ao órgão judiciário editar a norma geral, escapando à regulamentação do caso concreto.”⁶⁴. Assim, “[...] com uma normatividade geral, o Poder Judiciário implementa o exercício da norma

⁶⁰ HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 53.

⁶¹ LESSA, Luiz Fernando Voss Chagas. *A internalização dos tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição de 1988*. 2004. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 231.

⁶² MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (*falsos*) dogmas. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: IBAP e APRODAB, v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006, p. 127.

⁶³ MACEDO, Elaine Harzheim. O meio ambiente e a efetividade da tutela judicial em sede de mandado de injunção e de outras ações constitucionais. *AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, v. 32, n. 97, p. 69-86, mar. 2007, p. 83.

⁶⁴ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (*falsos*) dogmas. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: IBAP e APRODAB, v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006, p. 127.

constitucional até que a omissão seja suprida, tendo sua decisão efeitos *erga omnes*.”⁶⁵.

A crítica a esse entendimento é no sentido de haver ruptura da separação dos poderes, por estar o Poder Judiciário legislando ao elaborar uma norma geral e abstrata com efeitos *erga omnes*. Explica Rodrigo Mazzei:

Não há como abonar a corrente adepta à teoria da independência jurisdicional, que aduz a natureza da sentença proferida em mandado de injunção deve possuir caráter constitutivo *erga omnes*, pois estaria de fato o Judiciário a substituir a função do Legislativo, o que não se admite.⁶⁶

Contra-argumenta-se:

[...] partindo da premissa segundo a qual o mandado de injunção está no âmbito do controle de constitucionalidade, a eficácia de sua decisão tem efeito *erga omnes*, vale dizer, a norma a ser aplicada em virtude de sua decisão tem efeito genérico, não se limitando ao impetrante.⁶⁷

Encontra-se, outra divisão de posicionamentos em que se discute se o provimento jurisdicional deve se limitar à regulamentação da norma constitucional ou se deve realizar, desde logo, o direito do impetrante. Pela primeira corrente:

[...] as cortes (competentes para julgar o mandado de injunção) devem apenas se limitar à integração normativa, estando o mandado de injunção vinculado à existência anterior de um processo, em que o exercício de um direito subjetivo constitucional teria sido inviabilizado por omissão legislativa.⁶⁸

A segunda corrente “[...] defende que os órgãos competentes para julgar o mandado de injunção devem, além de editar concretamente a norma faltante, resolver efetivamente a lide, prolatando decisão condenatória, constitutiva ou declaratória, segundo o pedido confeccionado pelo autor [...]”⁶⁹. Parte do pressuposto de quem recorre ao Poder Judiciário quer ver seu direito tutelado e que a regulamentação seria apenas um meio para esse fim.

⁶⁵ HENRIQUES, Cristina Giudice Batista. A nova interpretação do mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista CEJ*. Brasília: CEJ, v. 14, n. 48, p. 14-25, jan./mar. 2010, p. 20.

⁶⁶ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (*falsos*) dogmas. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: IBAP e APRODAB, v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006, p. 135.

⁶⁷ DEMO, Roberto Luis Luchi. As “medidas provisórias” do Poder Judiciário. *AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, v. 35, n. 105, p. 319-326, mar. 2007, p. 325.

⁶⁸ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (*falsos*) dogmas. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: IBAP e APRODAB, v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006, p. 128.

⁶⁹ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (*falsos*) dogmas. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: IBAP e APRODAB, v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006, p. 128.

[...] o processo injuncional não objetiva diretamente obter a regulamentação que vise tornar viável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O impetrante age na busca de realização concreta e direta do seu direito ou prerrogativa, independentemente da regulamentação.⁷⁰

A fundamentação desse entendimento é de que:

[...] se o objeto do mandado de injunção fosse apenas buscar a regulamentação do direito, o impetrante teria que percorrer duas vias para tentar satisfazer seu direito (que o move a recorrer ao Judiciário): a 1ª, o exercício do mandado de injunção para obter a regulamentação que, por si só, não é satisfatória de direito concreto; isto, se conseguir a regulamentação, pois, como se disse acima, a decisão judicial, em tal caso, não obriga a produzi-la; a 2ª, obtida a regulamentação (na melhor das hipóteses), teria ainda que reivindicar sua aplicação a seu favor, que, se negada, levaria outra vez ao Judiciário para concretizar seus interesses, e agora não mais pelo mandado de injunção que não mais teria cabimento; haveria que utilizar outra via judicial.⁷¹

Admitir que a sentença, além de regulamentar a norma constitucional, conceda a tutela específica do direito do autor importa em duas situações diversas: quando quem deve suportar a obrigação é o responsável pela mora legislativa ou é outra pessoa. Na primeira situação, há possibilidades, como conceder a tutela específica, converter em perdas e danos ou compelir o demandado.

Nas situações em que os obrigados não coincidem, haveria a necessidade intransponível de integrar o terceiro à lide (admitir o litisconsórcio exigiria a ruptura com a atual jurisprudência do STF). Deve ser ressaltado, todavia, que a simples integração do terceiro à lide pode não ser suficiente para legitimar decisão judicial regulamentadora (tal como ocorre na hipótese versada no parágrafo anterior).⁷²

As diferentes posições acerca dos efeitos da decisão do mandado de injunção apresentam, cada qual, argumentos favoráveis e críticas pertinentes. O ápice dessa discussão se encontra na Questão de Ordem do Mandado de Injunção n. 107, do Ministro Moreira Alves, que consolidou o antigo entendimento não concretista do Supremo, e no Mandado de Injunção n. 712/DF, de relatoria do Ministro Eros Grau, representativo da viragem de jurisprudência.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 27.

⁷¹ SILVA, José Afonso da. *Mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 27.

⁷² LIMA, Fábio Quintas. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 5, n. 20, p. 82-102, mar./abr. 2008, p. 100.

1.6 Coisa julgada e execução

Caso se adote a posição concretista, a coisa julgada em sede de mandado de injunção apresentará características próprias. Isso decorre da possibilidade de advir a regulamentação reclamada após o julgamento do feito. Para tanto:

Aceitar que a decisão do mandado de injunção é transitória, não formando coisa julgada imutável, sendo absorvida após a edição da normatização faltante, é fundamental, haja vista que demonstra o real alcance da figura no ordenamento nacional.⁷³

Para o tratamento adequado do *writ*, os adeptos desse posicionamento defendem a decisão judicial, nesses casos, como “[...] exceção à regra da imutabilidade, diante da estreita vinculação do *writ* com a transitoriedade.”⁷⁴ Nesse âmbito, mais um argumento contrário à corrente da independência jurisdicional (ou concretista geral):

A decisão da justiça, como já dissemos, faz coisa julgada apenas entre as partes, não se estendendo a casos análogos, porque o Judiciário não pode legislar, mas tão-somente decidir o caso concreto que lhe é submetido a julgamento, para dar efetividade ao preceito constitucional que lhe é submetido a julgamento, para dar efetividade ao preceito constitucional a ser assegurado pelo mandado de injunção.⁷⁵

O posicionamento não concretista não oferece problemas quanto à coisa julgada, pois a notificação do poder faltante apenas restará cumprida em caso de normatividade ulterior. Não há coisa julgada peculiar sob esse ponto de vista. A execução de sua decisão, entretanto, comporta observações:

O *mandado de injunção* é executado por meio de comunicação ao poder, órgão ou autoridade competente para cumpri-la, nos termos indicados na decisão judicial. Essa comunicação equivale a ordem de execução do julgado, que é mandamental e poderá ser feita por ofício com transcrição completa da decisão a ser cumprida nos termos e condições do julgado.⁷⁶

⁷³ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (*falsos*) dogmas. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: IBAP e APRODAB, v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006, p. 145.

⁷⁴ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Ações Constitucionais*. 4. Ed. Salvador: JUSPODIVM, 2009, p. 266.

⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 302.

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 301-302.

Atribuindo ao provimento jurisdicional em mandado de injunção efeitos diversos, sua execução se adequará ao disposto na decisão. Assim, se a sentença apenas regulamenta a norma constitucional, será necessária outra ação judicial, de natureza cognitiva, para executá-la. Se a sentença já atribui o direito ao impetrante, a execução se dará pelos meios ordinários de cumprimento de sentença, conforme o caso.

2 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E SEPARAÇÃO DE PODERES NO MANDADO DE INJUNÇÃO

2.1 Omissão inconstitucional

O início do movimento constitucional consistiu em limitar os poderes do Estado frente ao indivíduo. Garantir os direitos individuais era estabelecer a inércia estatal, a não intervenção do Poder Público na esfera particular. Com a superação desse modelo, passou-se ao Estado Social. Os direitos fundamentais tiveram seu âmbito alargado, de modo a abranger o agir estatal. Exige-se do Poder Público uma atuação positiva em relação aos indivíduos.

O perfil constitucional se modifica para acompanhar essa nova visão de direitos fundamentais do indivíduo. Entre estes, figuram, agora, normas definidoras de obrigações positivas do Estado frente aos indivíduos. Se antes havia o problema de desrespeito aos limites estatais, por meio da interferência indevida na esfera particular, agora se suscita o problema da inércia nos casos que demandam atuação positiva.

Diz-se que “As Constituições editadas no contexto do paradigma do Estado Social, sobretudo no pós-guerra, suscitaram o problema da ineficácia das normas constitucionais definidoras de obrigações positivas para os órgãos estatais [...]”⁷⁷. A afronta à Constituição pode se dar, portanto, de duas maneiras distintas, por ação ou por omissão do Estado.

O fenômeno da inconstitucionalidade pode ocorrer quando a atividade legislativa é contrária à Constituição ou quando o legislador deixa de implementar os comandos constitucionais. Fala-se, nesse sentido, em “inconstitucionalidade por ação” e em “inconstitucionalidade por omissão”. A

⁷⁷ CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 257.

omissão legislativa se verifica quando o legislador deixa de editar a regulamentação exigida por “norma de eficácia limitada” [...] ⁷⁸

Ao prever, em vários dispositivos, obrigações positivas do Estado frente aos indivíduos, “A Constituição de 1988 abriu a possibilidade para o desenvolvimento sistemático da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*, na medida em que atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada *omissão* do legislador.” ⁷⁹. O sistema constitucional pátrio admite, portanto, a afronta à Constituição tanto por meio de ação, quanto pela omissão.

A justificativa para a existência do controle de constitucionalidade por omissão é dada, inicialmente, pelos mesmos argumentos que justificam o controle sobre ações inconstitucionais. A supremacia da Lei Maior sobre todo o ordenamento jurídico e sobre os poderes constituídos não tolera comportamentos contrários aos seus preceitos. Assim, não é dado ao Estado agir contra o estatuído constitucionalmente ou quedar-se inerte nos casos que lhe demandem atuação positiva.

Por força dos princípios da supremacia da Constituição, da legalidade e da separação de poderes, compete ao Poder Judiciário apreciar qualquer controvérsia decorrente de atos ou omissões dos órgãos legislativos e executivos que lhe seja regularmente apresentada, e decidir imparcialmente a questão, ao final do devido processo legal, com base no Direito estabelecido pelas instâncias legislativas competentes, no sentido de assegurar a integridade da ordem jurídica, de garantir a efetividade dos princípios fundamentais desta. ⁸⁰

Outra justificativa repousa na garantia de controle judicial sobre qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. Dentro de um ordenamento jurídico, o reconhecimento de direitos pode ocorrer em qualquer de suas normas, seja nas inferiores, seja na própria Constituição. Assim, “[...] uma sistêmica conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV).” ⁸¹.

⁷⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez, v. 9, n. 43, p. 97-116, maio/jun. 2007, p. 99.

⁷⁹ MENDES, Gilmar. Mandado de injunção. *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 19, p. 126-148, jan./fev 2008, p. 127.

⁸⁰ CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 268.

⁸¹ MENDES, Gilmar. Mandado de injunção. *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: IDP, v. 1, n. 1, p. 5-23, jul.-set./2005, p. 20.

Marcelo Figueiredo aponta outras justificativas:

[...] a omissão foi criada em razão da carência de órgãos especializados para o debate, o enfrentamento das lides constitucionais. Ou por outra, a complexidade que envolve a interpretação das normas constitucionais exige um órgão especializado, no trato deste “código jurídico-político”. Outro motivo que deve ter influenciado em sua criação é a sistemática negação dos preceitos constitucionais programáticos.⁸²

Dessa forma, a própria supremacia constitucional justifica o controle de constitucionalidade por omissão. Explica-se que “[...] se a Constituição é jurídica, detém virtualmente força jurídica, não é factível ou aceitável que aqueles que têm o dever de cumpri-la, de aplicá-la, não o façam.”⁸³ Não há que se falar em faculdade de cumprir o disposto na Lei Maior, mas sim em vinculação aos seus termos.

Ressalta-se que a inconstitucionalidade por omissão não se verifica frente a qualquer desrespeito a normas constitucionais instituidoras de obrigações positivas para o Estado. Determinadas normas de eficácia limitada não são passíveis de realização por meio de apenas um agir estatal, demandam uma constante busca de sua implementação. É o caso da igualdade entre homens e mulheres⁸⁴, por exemplo.

Por outro lado, a regulamentação pode ser útil, mas não necessária ao exercício do direito constitucionalmente assegurado. Assim, restringe-se o âmbito da inconstitucionalidade por omissão, que somente “[...] ocorre quando o Poder Público deixa de praticar atos legislativos ou executivos necessários e *indispensáveis* para tornar aplicáveis as normas constitucionais.”⁸⁵

Essa forma de manifestação de inconstitucionalidade, portanto, insere-se dentro do sistema jurídico como um todo. Confere harmonia e unidade ao ordenamento, por meio do respeito aos ditames constitucionais. É da supremacia da Lei Maior que se extrai a coerência de determinado ordenamento jurídico e, assim:

⁸² FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: RT, 1991, p. 42.

⁸³ FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: RT, 1991, p. 41.

⁸⁴ “Art. 5º. I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Publicada no DOU de 05.10.1988.

⁸⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: RT, 1991, p. 41.

Busca o controle, manter a coerência dos atos legislativos e administrativos produzidos em relação à Constituição, assim decorrente do princípio da supremacia da Constituição e da compatibilidade vertical das normas com as leis fundantes do sistema normativo, logo implica em uma atitude, uma ação do responsável pela edição de ato legislativo ou administrativo.⁸⁶

O controle de constitucionalidade por omissão também pode ser analisado sob outro ponto vista, qual seja, o do direito assegurado. De nada adianta instituir um direito sem que se prevejam meios adequados para perseguir-lo. A própria existência do direito está condicionada à possibilidade de lhe reclamar o cumprimento judicialmente.

Não cabe distinção entre direitos previstos em normas constitucionais de eficácia plena, contida ou limitada. Todos merecem a guarita do Poder Judiciário da mesma forma. Caso contrário, não se poderia sequer falar em direitos. Como explica Jorge Hage:

[...] um direito fundamental [...] pouco importa se encontre prevista também, na mesma norma, a eventual elaboração de uma lei ordinária para regulamentar (isto é, “densificar”) referida norma-princípio. Não o havendo feito o legislador ordinário, ou enquanto não o fizer, **já existe um direito conferido pela Constituição**. Negá-lo, negar sua exigibilidade, é afrontar a Constituição [...]⁸⁷.

A isso, acrescenta-se que o Poder Judiciário também não pode se furtar da jurisdição que lhe foi constitucionalmente atribuída. Assim, quando o legislador não regulamenta direito conferido pela Constituição, “[...] não deixa ele, por isso, de ser “direito”, e como direito (subjetivo) que é não pode deixar de ser exigível judicialmente. Cabe, então, ao Judiciário, viabilizar seu exercício, no caso concreto, independente da *interpositio legislatoris*.”⁸⁸

Ao realizar o controle da inconstitucionalidade por omissão, “[...] o magistrado, no exercício de sua função jurisdicional, apenas determina seja cumprida a Constituição, a qual faz cessar a liberdade discricionária do

⁸⁶ CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. Mandado de injunção e hermenêutica constitucional. *Espaço jurídico*. Joaçaba: Editora Unoesc, v. 7, n. 1, p. 65-76, jan./jun. 2006, p. 67.

⁸⁷ HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 41.

⁸⁸ HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 43.

administrador e mesmo do legislador.”⁸⁹. Para tanto, deve o juiz ser previamente provocado pela parte detentora da pretensão em face da omissão estatal.

A Constituição de 1988 buscou dotar o Estado brasileiro de programas e objetivos sociais, em busca da igualdade e erradicação da miséria. “A atribuição ao judiciário da função de controlar as omissões inconstitucionais dos poderes constituídos é uma das formas criadas para minorar o problema da omissão do sistema político em realizar a vontade constitucional [...]”⁹⁰.

Nessa linha de raciocínio, o combate à omissão constitucional é verdadeira garantia democrática, enquanto forma de implementação dos direitos elevados a categoria de fundamentais. “A democracia implica, além da atribuição de poder decisório às maiorias, também a garantia dos direitos fundamentais, e é nesse campo que deve se situar a jurisdição constitucional das omissões legislativas.”⁹¹.

Partindo da premissa de que a Constituição não contém disposições inúteis e de que é suprema em relação ao restante do ordenamento jurídico e aos poderes constituídos, “[...] não mais se pode entender as normas constitucionais como meras exortações de intenções e recomendações, um repositório de boas intenções, que pode ser feito de tábula rasa sem maiores conseqüências.”⁹².

Se uma lei inconstitucional não pode prevalecer num ordenamento jurídico, também não poderia persistir omissões e vazios inconstitucionais, que em certa medida podem ser até mais danosos por quase sempre dizerem respeito à não realização dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.⁹³

A inconstitucionalidade por omissão, portanto, é a afronta aos comandos positivos da Constituição passíveis de serem realizados por meio de um agir específico estatal indispensável à realização de determinado direito assegurado em seu texto. É verdadeira mácula do sistema jurídico, que lhe compromete a unidade e

⁸⁹ LAGE, Livia Regina Savernini Bissoli. O novo papel do Judiciário e a teoria da separação de poderes. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, n. 184, p. 163-194, jun. 2010, p. 184.

⁹⁰ MACIEL, Marcela Albuquerque. O Supremo Tribunal Federal e a omissão inconstitucional. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, v. 6, n. 60, p. 6827-6832, fev. 2006, p. 6827.

⁹¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez, v. 9, n. 43, p. 97-116, maio/jun. 2007, p. 116.

⁹² VILAR FILHO, José Eduardo de Melo. Mandado de injunção: seus contornos e o entendimento do STF. *Diálogo Jurídico*. Fortaleza: Faculdade Farias Brito, v. 2, n. 2, p. 87-96, jan./dez. 2003, p. 87.

⁹³ MACIEL, Marcela Albuquerque. O Supremo Tribunal Federal e a omissão inconstitucional. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, v. 6, n. 60, p. 6827-6832, fev. 2006, p. 6829.

coerência, na medida em que desrespeita a supremacia e a força jurídica da Lei Maior.

Como a previsão de um direito só faz sentido quando instituídos instrumentos para sua perseguição judicial, o constituinte estabeleceu a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, como meios aptos a garantir a implementação de direitos dependentes de regulamentação. A solução aviltada, todavia, não resolveu o referido problema.

A interpretação de uma norma deve ser feita sistematicamente e logicamente dentro do ordenamento em que está inserida. A atribuição de efeitos às duas ações mencionadas é questão tormentosa quando confrontada com o princípio da separação de poderes. Antes da análise do referido confronto, cabe distinguir a ação de inconstitucionalidade por omissão do mandado de injunção.

2.2 Diferenciação de mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão

A compreensão de determinado instituto jurídico exige sua respectiva individualização, de forma a lhe revelar os traços característicos e evitar a confusão com outros institutos. Assim, é fundamental diferenciar o mandado de injunção da ação de inconstitucionalidade por omissão para que se possa chegar às particularidades do *writ*, bem como evitar que lhe sejam atribuídas características de controle concentrado de constitucionalidade.

A premissa adotada é justamente de que existe diferença entre as duas ações, pois “É juízo lógico que duas ações diversas não podem ser idênticas.”⁹⁴. Não haveria justificativa para o fato de ter o constituinte criado dois institutos diversos com a mesma configuração jurídica. Ademais, restringir o rol de legitimados da ação de inconstitucionalidade por omissão e prever ampla legitimidade para o mandado de injunção corrobora a distinção existente, caso contrário não faria sentido na restrição feita.

⁹⁴ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O novo aproveitamento do mandado de injunção. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, n. 60, p.82-93, jul.-set./2007, p. 84.

Além da legitimidade, aponta-se como fator diferenciador entre eles o órgão judicial responsável por seu julgamento. Observa-se que “[...] a competência da ação de inconstitucionalidade por omissão é exclusiva e originária do STF. O mandado de injunção indica controle difuso e não concentrado, como acontece na ação de inconstitucionalidade por omissão.”⁹⁵.

Eduardo Ribeiro Moreira também destaca a natureza jurídica distinta das duas ações. A ação de inconstitucionalidade por omissão é instrumento de controle de constitucionalidade e o mandado de injunção é remédio constitucional que tutela as garantias maiores dos indivíduos⁹⁶. A primeira faz parte do controle concentrado de constitucionalidade e provoca a instauração de processo objetivo. O segundo é ação mandamental.

O objeto de cada ação, por conseguinte, também é diverso. A ação de inconstitucionalidade por omissão tutela o texto constitucional em face do não cumprimento de suas disposições, enquanto o mandado de injunção se restringe aos direitos concernentes à liberdade constitucional e às prerrogativas inerentes a nacionalidade, à soberania e à cidadania. Em síntese:

Na Adin por omissão a matéria é tratada em abstrato e não *in concreto* como no mandado de injunção. Naquela a competência para processar e julgar é sempre do STF, enquanto neste a competência varia em decorrência do órgão moroso. A legitimidade ativa da Adin está restrita às pessoas enumeradas no artigo 103 da Carta de 1988. Já a legitimidade ativa no mandado de injunção é ampla, abarcando qualquer pessoa que se veja prejudicada pela omissão. O mandado de injunção visa a defender o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa de matriz constitucional e a Adin, por sua vez,⁹⁷ tem por objetivo efetivar toda e qualquer norma de eficácia limitada.

A delimitação da diferença de finalidade desses institutos é campo controverso. Por um lado, o alcance de determinado resultado pressupõe a disponibilidade dos meios para tanto. Por outro, especialmente diante da ausência

⁹⁵ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O novo aproveitamento do mandado de injunção. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, n. 60, p.82-93, jul.-set./2007, p. 88.

⁹⁶ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O novo aproveitamento do mandado de injunção. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, n. 60, p.82-93, jul.-set./2007, p. 89-90.

⁹⁷ VILAR FILHO, José Eduardo de Melo. Mandado de injunção: seus contornos e o entendimento do STF. *Diálogo Jurídico*. Fortaleza: Faculdade Farias Brito, v. 2, n. 2, p. 87-96, jan./dez. 2003, p. 90.

da regulamentação em que não há descrição do resultado a ser alcançado, deve-se extrair a finalidade da natureza do instituto.

Assim, a ação deve ser tida como apta para atingir o fim que dela se espera e seu objetivo deve ser traçado com base no perfil legal que lhe foi dado. A finalidade da ação será atingida por meio dos efeitos que produzir. A Constituição e a Lei n. 9.868/99, que disciplina as ações diretas de inconstitucionalidade, fornecem quais os efeitos e, portanto, as finalidades dos institutos.

A ação de inconstitucionalidade por omissão foi regulamentada pela Lei n. 12.063/09, que acrescentou o Capítulo II-A à Lei n. 9.868/99. Os efeitos dessa ação, já tratados no artigo 103, § 2º da Constituição⁹⁸, foram detalhados no artigo 12-H, que diz:

Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

§ 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

§ 2º Aplica-se à decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, o disposto no Capítulo IV desta Lei.⁹⁹

Como o mandado de injunção não dispõe de norma regulamentadora, seus efeitos devem ser extraídos da Constituição, único parâmetro disponível. Da redação do inciso LXXI do artigo 5º do texto constitucional¹⁰⁰, é possível concluir que o mandado será concedido quando a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício de determinados direitos e liberdades assegurados constitucionalmente.

No capítulo anterior, chegou-se à conclusão de que a natureza jurídica desse instituto é de ação mandamental. A previsão constitucional desse *writ* junto ao mandado de segurança e ao mandado de segurança coletivo reforça esse

⁹⁸ Diz o parágrafo: “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.”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Publicada no DOU de 05.10.1988.

⁹⁹ BRASIL. LEI N. 9.868, de 20 de novembro de 1999. *Dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. Publicada no DOU de 11.11.1999.

¹⁰⁰ “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;”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Publicada no DOU de 05.10.1988.

entendimento. A finalidade seria justamente aquela alcançável por esse tipo de ação. Nessa linha, costuma-se fazer a seguinte distinção de finalidade das duas ações:

Vale ratificar que o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão são institutos diversos voltados para finalidades precipuamente distintas, esta visa a comunicar o Poder Competente de sua mora legislativa e aquele assegurar plena eficácia aos dispositivos constitucionais não exercitáveis em razão de ausência de regulação infraconstitucional.¹⁰¹

A crítica doutrinária dirigida ao antigo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, representado pelo julgamento do Mandado de Injunção n. 107, fundamenta-se, entre outros argumentos, na equiparação de efeitos da ação de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção. Veja-se:

[...] a posição havida não traduzia a real efetividade que se buscava alcançar quando da introdução do *writ* na ordem normativa nacional. A equiparação desta à *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* – ainda que ambos sejam inovações da Carta de 1988, não parece dar à Constituição – a mesma Carta que se pretende *cidadã* – a efetividade pretendida ou, a forma mais efetiva de alcance de preceitos garantidores do indivíduo.¹⁰²

Estabeleceu-se, dessa forma, outra distinção entre os dois institutos, além das apresentadas anteriormente, ao distinguir os efeitos de um em relação ao outro. A conclusão foi de que, enquanto a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão visa a declarar a inércia do Poder competente e cientificá-lo, o mandado de injunção leva à legislação provisória por parte do Poder Judiciário.

No mandado de injunção o Judiciário legisla provisoriamente a matéria em concreto, até que o órgão competente edite norma que regule a matéria objeto da ação. A ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão declara a inércia do Legislativo ou declara a inércia da autoridade administrativa e determina que adote as providências necessárias em trinta dias.¹⁰³

Primeiramente, cumpre observar que o cerne da distinção entre duas ações não são os efeitos produzidos por cada uma. Como visto acima, vários elementos se

¹⁰¹ BALDI, Willian Meneses. O mandado de injunção analisado por meio da sistemática constitucional e suas implicações no ordenamento jurídico. *Cadernos de Iniciação Científica*. São Bernardo do Campo: FDSBC, n. 2, p. 131-140, jan./dez. 2005, p. 139.

¹⁰² RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Mandado de injunção: autêntico remédio constitucional à condição de “sino sem badalo”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 131, p. 117-123, jan. 2006, p. 122.

¹⁰³ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Mandado de injunção. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, n. 15, p. 291-310, jan./jun. 2005, p. 304.

prestam para configurar tal diferenciação. Aliás, no ordenamento jurídico pátrio, são encontrados exemplos de ações distintas voltadas para alcançar o mesmo resultado prático, com a mesma finalidade e produção de efeitos. É o caso da execução e da ação monitória, da ação coletiva e da individual, das ações possessórias e meios ordinários no caso do artigo 924 do Código de Processo Civil ¹⁰⁴.

Uma segunda observação diz respeito ao estranho consenso formado entre os adeptos dos efeitos concretistas em mandado de injunção de que a equiparação dos efeitos aos da ação de inconstitucionalidade por omissão redundaria em tornar o remédio inócuo. Significa dizer que se aceita a imprestabilidade da ação de controle concentrado de constitucionalidade, mas esse atributo é repudiado no mandado de injunção.

Ora, a ação de inconstitucionalidade por omissão se dirige à proteção da ordem jurídica como um todo e combate a omissão inconstitucional em relação a qualquer dispositivo da Lei Maior. Tem âmbito de proteção muito mais amplo e atende aos interesses da coletividade como um todo. Não há justificativa para relegá-la em segundo plano quando em confronto com o mandado de injunção.

A regulamentação do controle de constitucionalidade concentrado prevê, inclusive, a impossibilidade de desistência da ação proposta, de forma a ressaltar o interesse maior em seu julgamento. A solução para o desfecho da ação de inconstitucionalidade por omissão só pode, portanto, ser mais ampla que a do mandado de injunção.

Dessa forma, não se contesta a diferença existente entre as duas ações. A Constituição não contém disposições inúteis e, assim, a previsão de dois institutos diversos tem razão lógica. A ação de inconstitucionalidade por omissão protege o ordenamento jurídico, enquanto o mandado de injunção tutela os direitos de determinados indivíduos, contemplados por normas de eficácia limitada.

Essa distinção, todavia, não está na produção de efeitos de cada ação. Os requisitos, os legitimados, a competência para o julgamento e o objeto perfazem

¹⁰⁴ “Art. 924. Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório.”. BRASIL. LEI N. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Publicada no DOU de 17.01.1973.

suficientemente a diferenciação entre a ação de controle concentrado e o *writ*. Não há imposição lógica que justifique a exigência de efeitos distintos, principalmente quando essa se faz em detrimento da ação mais abrangente e que mais interesse à ordem jurídica e à coletividade.

2.3 Mandado de injunção e separação de poderes

O artigo 2º da Constituição consagra a princípio da separação de poderes ao dizer que: “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”¹⁰⁵. Esse princípio consiste em dividir o poder, naturalmente uno, em funções atribuídas a entes (chamados de poderes) diferentes, de modo que um controle o outro.

Não há absoluta separação de poderes, mesmo porque o controle exercido por um ente sobre o outro redundando na mitigação, de certa forma, dessa separação. O Estado Social de Direito, em que se espera uma atuação positiva do Estado em favor dos indivíduos, provocou uma revisão de vários princípios basilares do Estado de Direito, dentre eles o da separação de poderes.

Com a crise do paradigma do liberal e o conseqüente apogeu do *Estado de Bem-Estar*, o princípio da separação dos poderes é reinterpretado. Nesse contexto, perde importância expressão “separação dos poderes”, a tal ponto que os doutrinadores passam a falar em funções do Estado [...] ¹⁰⁶

Houve verdadeira mudança de papel do Estado frente à sociedade e, por isso, a postura daqueles que exercem as funções, ou poderes, estatais também sofreu alterações. O abandono da inércia do Poder Público leva a uma nova concepção fundada na atuação ativa como forma de respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Acrescenta-se:

Nunca é demais lembrar que o sistema de separação de poderes do Estado de bem-estar social não é o mesmo do Estado liberal clássico. Mesmo neste, aliás, a separação nunca chegou a ser completa. Mas, à medida que o Estado foi ampliando o âmbito de sua atuação, a interpenetração de

¹⁰⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Publicada no DOU de 05.10.1988.

¹⁰⁶ DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira; RIBEIRO, Fernando José Armando. Aplicabilidade do mandado de injunção como viabilizador do exercício do direito social ao lazer. *De jure*. Belo Horizonte: MO-MG, n. 11, p. 415-445, jul./dez. 2008, p. 422.

funções passou a ser cada vez mais constante, sempre, porém, preservada a essência da independência entre os poderes.¹⁰⁷

O Poder Judiciário é o destino dos conflitos não resolvidos encontrados no meio social. Acentua-se o papel dessa função estatal na busca de realização dos direitos fundamentais, mormente de seu órgão de cúpula, atuante na chamada jurisdição constitucional. Assim, “[...] o respeito absoluto à separação de poderes, como fora concebido no século XVIII, não é mais condizente com as práticas atuais, principalmente, no caso de se adotar o neoconstitucionalismo, que aposta na atuação da jurisdição constitucional.”¹⁰⁸

O Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento e passou a aplicar a teoria concretista ao mandado de injunção, legislando provisoriamente para o caso em concreto. Essa viragem jurisprudencial suscitou a discussão acerca de eventual confronto com o princípio da separação de poderes. Para os adeptos desse entendimento, “[...] o mandado de injunção é um instrumento concebido dentro da doutrina dos *checks and balances* para garantir a efetiva aplicação e executoriedade aos dispositivos constitucionais.”¹⁰⁹

Alega-se que essa atribuição do Poder Judiciário decorreria da própria Constituição, na medida em que prevê o remédio mandado de injunção. Diz-se que: “Muitos alegam que o mandado de injunção feriria a separação de poderes, o que assim, o tornaria inconstitucional. Tal posicionamento, contudo, baseia-se na premissa de existência de dispositivo constitucional que afronta a própria Constituição.”¹¹⁰

Assim, não haveria ofensa ao princípio da separação de poderes em decorrência de uma nova função jurisdicional. “Com o surgimento do “*welfare state*” no pós-guerra e a conseqüente compilação dos direitos sociais nas Constituições, a

¹⁰⁷ SOUZA, Luciane Moessa de. Efeitos da decisão no mandado de injunção: cotejo com a ação civil pública e a ação popular. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 16, n. 65, p. 160-178, out./dez. 2008, p. 169.

¹⁰⁸ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O novo aproveitamento do mandado de injunção. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, n. 60, p.82-93, jul.-set./2007, p. 85.

¹⁰⁹ BALDI, Willian Meneses. O mandado de injunção analisado por meio da sistemática constitucional e suas implicações no ordenamento jurídico. *Cadernos de Iniciação Científica*. São Bernardo do Campo: FDSBC, n. 2, p. 131-140, jan./dez. 2005, p. 137.

¹¹⁰ BALDI, Willian Meneses. O mandado de injunção analisado por meio da sistemática constitucional e suas implicações no ordenamento jurídico. *Cadernos de Iniciação Científica*. São Bernardo do Campo: FDSBC, n. 2, p. 131-140, jan./dez. 2005, p. 136.

atividade jurisdicional deixou de ser considerada mera extração de sentido da norma.”¹¹¹. E, ainda, “Nesse andar, é importante afirmar que a separação das funções estatais não é tão rígida num Estado Democrático de Direito: os *poderes* exercem controle recíproco uns sobre os outros, num sistema de freios e contrapesos.”¹¹².

O contra-argumento usado é, inicialmente, quanto à falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para legislar, mesmo que transitoriamente. Essa corrente refuta tal raciocínio por meio da judicialização dos direitos e da realização constitucional:

O judiciário apesar de, regra geral, não possuir membros eleitos, não se configura antidemocrático, eis que corporifica o sistema dos *checks and balances* protegendo as minorias das maiorias transitórias. Sendo assim, o Judiciário, no Estado Democrático Constitucional de Direito, passa a ter importância fundamental na judicialização de novos direitos e na consolidação da democracia.¹¹³.

Para os concretistas, não haveria sequer exercício de atividade legislativa por parte do Poder Judiciário ao decidir o mandado de injunção. Argumentam que “[...] o Tribunal não estaria legislando, mas simplesmente compondo uma situação particular em que um direito constitucional estaria sendo inviabilizado por ausência de norma de regulamentação.”¹¹⁴.

Ademais, “[...] se trata de postura puramente residual, em que não se tomaria em definitivo o espaço do legislador, pois, tão logo editada a norma, a superfície ocupada pela decisão judicial perderia sua eficácia.”¹¹⁵. A atividade se resumiria a resolver uma situação particular determinada e apenas por tempo

¹¹¹ LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. O novo papel do Judiciário e a teoria da separação de poderes. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, n. 184, p. 163-194, jun. 2010, p. 181.

¹¹² LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. O novo papel do Judiciário e a teoria da separação de poderes. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, n. 184, p. 163-194, jun. 2010, p. 180.

¹¹³ LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. O novo papel do Judiciário e a teoria da separação de poderes. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, n. 184, p. 163-194, jun. 2010, p. 189.

¹¹⁴ BALDI, Willian Meneses. O mandado de injunção analisado por meio da sistemática constitucional e suas implicações no ordenamento jurídico. *Cadernos de Iniciação Científica*. São Bernardo do Campo: FDSBC, n. 2, p. 131-140, jan./dez. 2005, p. 135.

¹¹⁵ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (*falsos*) dogmas. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: IBAP e APRODAB, v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006, p. 137.

limitado e, por conseguinte, não haveria ofensa ao princípio da separação de poderes.

Quanto ao posicionamento concretista geral, em que o Poder Judiciário emitira decisão com efeitos *erga omnes*, a maior parte dos adeptos desse novo entendimento a refuta, por entender que “[...] neste caso, estaria o Poder Judiciário criando uma norma genérica, abstrata e geral, invadindo a esfera de atuação típica do Legislativo [...]”¹¹⁶.

Esse último raciocínio compara a atividade do Poder Judiciário que, ao julgar o mandado de injunção, estabeleceria a norma geral válida para todos os casos similares, à atividade legiferante. De fato, ambas se confundem. Estaria o julgador verdadeiramente legislando. Entretanto, com o sistema de decisões judiciais vinculantes e causas representativas da controvérsia, não haveria aproximação das correntes concretista geral e individual?

Em argumentação diversa, defende-se a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal legislar em determinados casos:

[...] o STF pode atuar em situações excepcionais como legislador positivo, sem que isso implique uma função legislativa substancialmente criativa *ex nihil*, pois que apenas extrai a “vontade hipotética da Constituição” ou a “solução constitucionalmente vinculante”, isto é, trata-se de atividade legislativa vinculada ao poder de conformação limitado pelo gizamento constitucional estabelecido para a matéria.¹¹⁷

Justifica-se essa possibilidade em vista de ser “[...] a própria Carta de 1988 que outorgou essa competência legislativa, subsidiária e restrita, ao Judiciário ou que a interpretação da Lei Fundamental brasileira deve se dar de acordo a conferir a máxima efetivação de seus princípios fundamentais.”¹¹⁸. A inércia do legislador legitimaria a atuação da Corte, verdadeira guardião dos mandamentos constitucionais, sejam eles referentes a atuações positivas ou negativas do Estado.

Assim, se o legislador descumpre seu dever de legislar, nada mais justa que alguém possa fazê-lo em seu lugar, exercendo, sim função que seria do

¹¹⁶ BALDI, Willian Meneses. O mandado de injunção analisado por meio da sistemática constitucional e suas implicações no ordenamento jurídico. *Cadernos de Iniciação Científica*. São Bernardo do Campo: FDSBC, n. 2, p. 131-140, jan./dez. 2005, p. 135.

¹¹⁷ DEMO, Roberto Luis Luchi. As “medidas provisórias” do Poder Judiciário. *AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, v. 35, n. 105, p. 319-326, mar. 2007, p. 325.

¹¹⁸ LESSA, Luiz Fernando Voss Chagas. *A internalização dos tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição de 1988*. 2004. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 236.

legislador, mas em atenção a um fim maior, que é dar cumprimento ao mandamento constitucional e em razão da sua falha com os beneficiários da regra insculpida na Lei Maior.¹¹⁹

No art. 2º da Constituição, lido sistematicamente com o restante do texto, “[...] enuncia-se a *dimensão negativa* do princípio da separação de poderes, que assim pode ser sintetizada: cada um dos Poderes é independente, em princípio, nos seus processos decisórios, mas acha-se sujeito à interferência de outros Poderes nas situações expressamente previstas no Texto Constitucional.”¹²⁰

Em suma, esse posicionamento se fundamenta no fato de não haver exercício de função legislativa propriamente dita, por se tratar de medida adotada para determinado caso e de maneira provisória. Outros argumentam pela possibilidade de exercício de função legislativa pelo Poder Judiciário de maneira excepcional, como decorrência do sistema de freios e contrapesos e da própria sistemática constitucional.

Em todos esses casos há, aparentemente, o exercício de uma função atípica por um Poder. Trata-se, apenas, de uma aparência, porque definida pela Constituição determinada dever/função a um Poder, é necessário reconhecer-lhe determinados poderes instrumentais, quando o órgão tiver condições funcionais de exercer de forma legítima e responsável essa função. Não se trata de delegação (o que é vedado pela Constituição), mas de reconhecer poderes iminentes ao órgão, que tem estrutura orgânica e funcional adequada para exercer a função atípica.¹²¹

A preocupação prevalente dessa corrente é com a efetivação constitucional e os direitos fundamentais assegurados. Para tanto, mitigam o princípio da separação de poderes e reforçam a noção de dever do Legislador em relação aos mandamentos constitucionais:

[...] a construção constitucional dos direitos fundamentais não se faz apenas a partir do reconhecimento de direito subjetivos públicos aos indivíduos, sejam eles de liberdade (poder de defesa) ou de prestação (poder de ação), senão também mediante o estabelecimento de **deveres públicos** – que superam a noção subjetiva de “direito-obrigação” – e privados, isto é, com a

¹¹⁹ SOUZA, Luciane Moessa de. Efeitos da decisão no mandado de injunção: cotejo com a ação civil pública e a ação popular. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 16, n. 65, p. 160-178, out./dez. 2008, p. 176.

¹²⁰ LIMA, Fábio Quintas. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 5, n. 20, p. 82-102, mar./abr. 2008, p. 92.

¹²¹ LIMA, Fábio Quintas. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 5, n. 20, p. 82-102, mar./abr. 2008, p. 93.

garantia de determinadas instituições ou a **imposição de determinados mandatos** que o Legislador tem de concretizar.¹²²

Contrariamente aos concretistas, a preocupação é com a limitação da atuação do juiz e com o princípio da separação dos poderes. “Sem dúvida, a tarefa do juiz constitucional de concretização da Constituição deve se ater a certo balizamento.”¹²³. Não se pode, a pretexto de velar pela Lei Maior, atribuir poderes desmedidos a certa esfera de funções estatal.

Os controles dos órgãos estatais são muito importantes para o desempenho de instituições democráticas contrariamente aos processos de concentração de poder. A separação de poderes não é senão a forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar respectivamente o exercício do poder político.¹²⁴

Não se deve perder de vista o intuito inicial da separação de poderes, qual seja, usar o poder para controlar o próprio poder. Ademais, “Esse controle é indispensável para a manutenção da democracia e para a salvaguarda da própria liberdade individual.”¹²⁵. Quanto aos mecanismos de controle: “Sem eles, poderá haver o fortalecimento do poder, mas haverá o enfraquecimento da nação.”¹²⁶.

O Poder Judiciário, por outro lado, não está imune ao sistema de freios e contrapesos. Sua atuação será sempre condicionada à existência de margem para controle por parte dos outros poderes. Isso porque “[...] as limitações de poder do sistema da separação dos poderes não estão endereçadas apenas, como pôde ser

¹²² HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 67.

¹²³ GOMES, Rodrigo Carneiro. O tribunal constitucional e seus elementos, diante da separação de poderes. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 71, p. 261-292, abr./jun. 2010, p. 274.

¹²⁴ GOMES, Rodrigo Carneiro. O tribunal constitucional e seus elementos, diante da separação de poderes. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 71, p. 261-292, abr./jun. 2010, p. 289.

¹²⁵ GOMES, Rodrigo Carneiro. O tribunal constitucional e seus elementos, diante da separação de poderes. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 71, p. 261-292, abr./jun. 2010, p. 283.

¹²⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A separação de poderes no Brasil*. Brasília: PrND – Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985, p. 68.

visto, contra o legislativo e o executivo, mas também contra a justiça, isto é, o juiz não pode ser simultaneamente legislador [...]”¹²⁷.

A importância da jurisdição constitucional é indiscutível. Também não se questiona a supremacia da Constituição e o papel da Corte Constitucional como realizadora de seus mandamentos. Contudo, “A tarefa de um “guardião da constituição” no sentido pós-metafísico é a fiscalização das regras do jogo de todo o processo democrático e não a antecipação estratégica dos *outputs* materiais de procedimentos legislativos.”¹²⁸.

O problema é delicado quando abordado com o monopólio da jurisdição estatal e a impossibilidade de o julgador se abster de decidir os conflitos trazidos à sua apreciação. A solução indicada é de que:

[...] o Poder Judiciário tem o dever de decidir fundamentadamente acerca da regularidade do ato ou omissão questionado em face dos princípios e regras jurídicos pertinentes, e determinar ou realizar com os meios de que dispõe as medidas necessárias à efetivação do que prescreve o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.¹²⁹

Os meios de que dispõe o julgador para a necessária prestação jurisdicional centralizam a controvérsia entre os concretistas e os não-concretistas. Para os primeiros, legislar provisoriamente acerca da matéria é um meio disponível ao julgador. Para os últimos, não há essa possibilidade de solução, visto que ressaltam a necessidade de controle da atividade estatal e de combate ao exercício arbitrário de poder.

[...] em um Estado Democrático de Direito organizado com base no princípio da separação de poderes, compete aos órgãos jurisdicionais reprimir o exercício arbitrário do poder político, mediante legítima aplicação dos princípios e regras jurídicos que limitam e disciplinam o exercício deste.¹³⁰

O posicionamento não-concretista pode ser reforçado pela visão que enxerga na atividade de legislação uma decisão política e não um dever atribuído ao

¹²⁷ MAUS, Ingeborg. *Separação dos poderes e função judiciária. Uma perspectiva democrática*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 31.

¹²⁸ MAUS, Ingeborg. *Separação dos poderes e função judiciária. Uma perspectiva democrática*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 59.

¹²⁹ CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 274.

¹³⁰ CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 274.

Poder Legislativo pelo constituinte. Afirma-se que “[...] via de regra, é legítima a postura do Congresso Nacional de não-legislar, já que faz parte do jogo político, especialmente da “técnica de compromissos dilatatórios” [...]”¹³¹. Como não há dever, mas sim opção política por legislar, não há como compelir ao seu cumprimento.

O fato de a Constituição estatuir expressamente determinado direito e determinar que sua regulamentação será feita por lei não deixa margem para entender pela não existência do dever de legislar. Não há dever de legislar em regra. A exceção, a confirmar a regra, é composta dos casos em que a própria Lei Maior determina que se legisle sobre uma matéria específica.

Como essa corrente ressalta a importância da separação de poderes, seu raciocínio se baseia na rigidez de atribuições de competências no texto constitucional. “A Constituição é rígida nas atribuições de cada um não permitindo exceções, a não ser aquelas expressas no próprio texto maior.”¹³². Dessa forma, para os não-concretistas, “[...] não poderá a Justiça legislar pelo Congresso Nacional, mesmo porque a Constituição manteve a independência dos Poderes (art. 2º).”¹³³.

Assim, a decisão judicial de procedência do mandado de injunção não poderá legislar nem mesmo para o caso concreto. Deverá adotar solução semelhante à da ação de inconstitucionalidade por omissão, em que:

[...] a decisão judicial, no caso, se limitará a dar ciência ao Poder competente para as providências cabíveis. Não pode obrigar a produção da medida supridora da omissão, mormente se a medida requerida for *lei*. Esta é ato político, por excelência. Depende da vontade discricionária do legislador, a quem cabe decidir do seu conteúdo e do momento de sua produção.¹³⁴.

Esse posicionamento entende pela impossibilidade de o magistrado legislar provisoriamente, seja apenas para o caso concreto, seja com efeitos *erga omnes*. Os meios disponíveis ao julgador seriam apenas os legais e os instrumentos de

¹³¹ DEMO, Roberto Luis Luchi. As “medidas provisórias” do Poder Judiciário. *AJURIS*. Porto Alegre: *AJURIS*, v. 35, n. 105, p. 319-326, mar. 2007, p. 324.

¹³² MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A separação de poderes no Brasil*. Brasília: PrND – Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985, p. 51.

¹³³ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 294.

¹³⁴ SILVA, José Afonso da. *Mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 26.

integração e interpretação da norma jurídica. Prima-se pelo controle do Poder Judiciário e pela valorização do princípio da separação de poderes.

O princípio da separação de poderes não pode, de fato, ser visto como uma divisão rigorosa de atribuições entre as esferas de funções estatais. O próprio sistema de freios e contrapesos afasta tal premissa, uma vez que estabelece intromissões de um poder em outro em nome do controle. Evita-se o abuso do poder e se reafirma o Estado de Direito.

A separação de poderes é uma conquista e não pode ser menosprezada. A busca de uma solução para os problemas sociais não justifica o atropelamento das bases de equilíbrio do sistema. A evolução da própria concepção de Estado, por sua vez, interfere nos mecanismos de controle e, por conseguinte, no que se entende por princípio da separação dos poderes.

Dessa forma, o princípio da separação dos poderes deixa de ser interpretado sob uma ótica de subordinação e passa a ser entendido sob uma perspectiva de colaboração, cujo objetivo final é o de propiciar aos cidadãos – clientes da administração – os direitos consubstanciadores de valores fundamentais e de programas de fins, desde que, evidentemente, haja aportes materiais para tanto, ou seja, no “limite do possível”.¹³⁵

A colaboração pressupõe busca de uma finalidade comum a todos. Os Poderes do Estado devem, em atuação conjunta, perseguir a realização constitucional e a evolução da sociedade, com o implemento dos direitos fundamentais. Não há que se falar, portanto, em mudança da perspectiva de separação de poderes em que o Judiciário combate os demais poderes para realizar os direitos fundamentais.

Os meios de controle de um poder pelo outro devem sempre existir, sob pena de se ferir a essência do sistema democrático constitucional estabelecido. Nesse ponto, também, reside a nova idéia de separação de poderes, advinda com o Estado Social. Os controles são aperfeiçoados, de modo a garantir melhor desempenho das funções estatais, e não relegados.

O futuro da nação, portanto, dependerá muito da forma como o poder será exercido, dos mecanismos para que seja separado, dos estímulos legais para que seu exercício se faça no interesse nacional e não dos que

¹³⁵ DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira; RIBEIRO, Fernando José Armando. Aplicabilidade do mandado de injunção como viabilizador do exercício do direito social ao lazer. *De jure*. Belo Horizonte: MO-MG, n. 11, p. 415-445, jul./dez. 2008, p. 423.

detenham, mecanismos que começam, necessariamente, por seu controle.¹³⁶

O problema de eficácia do mandado de injunção, que tanto preocupa os concretistas, não decorre do respeito à separação de poderes, mas sim da ausência de meios disponíveis ao juiz para decidir o caso. Legislar é fazer algo. Assim, a execução de uma decisão em que se determina a legislação de determinada matéria se equipara a de uma obrigação de fazer.

O processo civil para solucionar as execuções de obrigações de fazer dispõe de meios de coerção indireta ao cumprimento do dever. A ausência de regulamentação do mandado de injunção deixa o magistrado sem qualquer meio similar. A efetividade do mandado de injunção deve ser alcançada por meios compatíveis com a ordem jurídica vigente.

A inexistência de sanção inibitória, fruto de uma intensa influência do princípio da separação e independência entre os poderes no nosso ordenamento jurídico, macula, de certa forma, a aplicação do conceito de função à atividade legiferante exercida pelo Poder Legislativo; lembrando que há sanção para o não-exercício das outras duas funções estatais: a administrativa e a jurisdicional.¹³⁷

Se o princípio da separação de poderes não pode ser relegado, também merecem atenção os demais princípios envolvidos na controvérsia. “Em síntese, podemos dizer que estão em jogo dois princípios constitucionais basilares: o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o princípio da supremacia da Constituição.”¹³⁸. Estes concentram os esforços dos concretistas na nova leitura do mandado de injunção.

Em caso de confronto aparente entre dois ou mais princípios, a solução deve ser pela harmonização entre eles e não pela aplicação de um em detrimento do outro. O núcleo essencial de cada um deve ser mantido. Não há como admitir que o Supremo legisle, ainda que provisoriamente, determinado caso sem quebra da separação de poderes.

¹³⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A separação de poderes no Brasil*. Brasília: PrND – Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985, p. 68.

¹³⁷ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (falsos) dogmas. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: IBAP e APRODAB, v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006, p. 136.

¹³⁸ SOUZA, Luciane Moessa de. Efeitos da decisão no mandado de injunção: cotejo com a ação civil pública e a ação popular. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 16, n. 65, p. 160-178, out./dez. 2008, p. 163.

A decisão da Corte não é passível de controle pelos demais órgãos do Judiciário, pois se trata de seu órgão máximo. Não pode o Executivo vetar a legislação provisória por entendê-la contrária ao interesse público ou inconstitucional. Ao Legislativo, só resta editar a lei definitiva, competência que originalmente já lhe cabia, com o risco de ver seu ato declarado inconstitucional pelo Supremo.

Acrescenta-se que “As limitações da função jurisdicional impedem que todos os direitos reclamados sejam satisfeitos. A possibilidade de êxito no mister depende do grau de complexidade do direito que carece de regulamentação.”¹³⁹. Além de não ser o palco adequado para a discussão de qual a melhor decisão para o interesse público, não há espaço para resolução de causas complexas.

A redação de uma lei exige debates e representação social. O Supremo Tribunal Federal não dispõe de tempo suficiente para os debates, tampouco de representação social. A grande complexidade que envolve a maior parte das leis impede que a solução seja adequadamente implementada na Corte.

Ademais, ações mandamentais apresentam rito processual rápido e sem maiores dilações probatórias, de todo incompatíveis com a elaboração de uma norma a ser aplicada ao caso concreto. Adotar uma perspectiva concretista para o mandado de injunção não só afronta inevitavelmente o princípio da separação de poderes, como desnatura por completo a previsão constitucional do *writ*, único parâmetro disponível ao aplicador do direito.

Se, em virtude do Estado Social e da supremacia da Constituição, todas as suas disposições devem ser cumpridas, certo é que “[...] as normas programáticas não representam, mais, meros conselhos, mas compromissos políticos cogentes.”¹⁴⁰. O meio de se atingir o respeito às normas programáticas, todavia, deve ser outro que não a atuação direta do Poder Judiciário.

Caso se levasse a teoria concretista ao extremo, poderia vir a se justificar a atuação positiva do Poder Judiciário em políticas públicas, com a instituição de

¹³⁹ WIEDEMANN NETO, Ney. Mandado de injunção. *AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, v. 33, n. 104, p. 201-215, dez. 2006, p. 214-215.

¹⁴⁰ LIMA, Fábio Quintas. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 5, n. 20, p. 82-102, mar./abr. 2008, p. 85.

programas de governo. A solução para o problema de eficácia do mandado de injunção deve ser buscada na sistemática do próprio *writ* e não na usurpação de função alheia ao Poder Judiciário.

Os Tribunais Constitucionais exercem, atualmente, uma função mais ampla do que a meramente técnico-jurídica, pois guardam traços de exercício de função jurisdicional, política e legislativa, ora negativa, ora positiva. A mistura dessas funções diversas como a política e a técnica pode comprometer a equidistância dos fatos exigida do órgão constitucional para a manutenção da ordem jurídico-constitucional e ocasionar, indevidamente, um déficit democrático, pelo que é recomendável um prudente juízo de avaliação do papel de um Tribunal Constitucional, fundamental na guarda da Constituição e na pacificação dos conflitos institucionais entre os poderes.¹⁴¹

Diante da ausência de lei para o caso, o julgador deve se utilizar dos métodos de integração do direito. Sendo assim, ante a falta de regulamentação do mandado de injunção, institutos similares devem servir de base para a sua aplicação. Como tipo de ação, assemelha-se ao mandado de segurança e na lei deste remédio deve buscar o procedimento a ser seguido.

É forma de combater a omissão inconstitucional, tal qual a ação de inconstitucionalidade por omissão, provida de regulamentação legal própria com a Lei n. 9.868/99. Esta servirá de base para o tipo de decisão a ser tomada. Destaca-se ser a ação de inconstitucionalidade por omissão mais ampla e afeta ao interesse público em ver preservada a ordem jurídica, tanto que não há possibilidade de dela desistir.

O restrito rol de legitimados para sua propositura corrobora o fato de ser essa ação mais ampla e abrangente que o mandado de injunção. Não faria sentido vedar aos legitimados constitucionais alcançar a regulamentação provisória do direito via ação direta para autorizá-la concretamente via injunção.

Assim, a solução legal adotada para a ação de inconstitucionalidade por omissão deve servir de parâmetro máximo para os efeitos da decisão em sede de mandado de injunção. A busca por efetividade deve seguir os moldes das demais ações mandamentais e sua execução se alinhar aos métodos de coerção indireta para cumprimento de obrigação de fazer.

¹⁴¹ GOMES, Rodrigo Carneiro. O tribunal constitucional e seus elementos, diante da separação de poderes. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 71, p. 261-292, abr./jun. 2010, p. 289.

3 COTEJO ENTRE A VISÃO DO MIN. MOREIRA ALVES NO MI 107 QO/DF E O MI 721/DF

3.1 A visão do ministro Moreira Alves no Mandado de Injunção 107 QO/DF

O antigo posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao mandado de injunção alinhava-se com a corrente não-concretista. A decisão de procedência dessa ação deveria se limitar a declarar a omissão inconstitucional e dar ciência ao poder omissor para tomar as providências cabíveis. A consolidação desse entendimento ocorreu no voto do ministro Moreira Alves proferido na questão de ordem por ele suscitada no Mandado de Injunção 107/DF.

A importância desse voto é verificada justamente quando sustentada a corrente concretista em mandado de injunção. As referências feitas ao antigo entendimento do Supremo remetem, quase que exclusivamente, aos argumentos expostos pelo ministro Moreira Alves. Procura-se enfrentar os pontos de seu voto no MI 107 QO/DF como forma de afastar a corrente não-concretista. É considerado, portanto, o símbolo do antigo entendimento da Corte.

Em relação ao teor sustentado por esse voto, serviu de única base para as decisões em mandado de injunção durante boa parte da existência do *writ*. A ausência de lei regulamentadora desse remédio constitucional levou ao crescimento da importância do voto do ministro Moreira Alves, uma das primeiras e mais completas interpretações do mandado de injunção. Resume a compreensão não-concretista do *writ*.

A omissão atacada pelo MI 107 se refere ao artigo 42, § 9º da Constituição Federal ¹⁴²:

José Emídio Teixeira Lima, por seu advogado, impetra mandado de injunção contra o Exmo. Sr. Presidente da República, objetivando a suspensão de seu licenciamento do serviço ativo do Exército por contar com mais de 09 anos de serviço na condição de oficial R/2 do Exército Brasileiro, sob a alegação de falta a lei a que alude o art. 42, § 9º, da Constituição Federal [...]. Sustenta ele que a omissão é devida ao Exmo. Sr. Presidente da República a quem cabe a iniciativa do projeto dessa lei. ¹⁴³.

O ministro inicia seu voto tratando do parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição ¹⁴⁴, que determina a aplicação imediata das normas referentes a direitos e garantias fundamentais. Diz que “Essa norma, no entanto, não tem, evidentemente, caráter absoluto, pois vários incisos desse próprio artigo 5º [...] remetem à regulamentação da lei, total ou parcialmente, as normas nele enunciadas, e que são definidoras de direitos e garantias fundamentais.” ¹⁴⁵.

Acrescenta que várias normas referentes a direitos e garantias fundamentais não possuem aplicabilidade imediata “E a não-aplicabilidade ocorre, não apenas quando a regulamentação da norma constitucional é prevista nela mesma de modo expresso, mas também quando é impossível auto-aplicá-la, por não se constituir, por si mesma um todo completo.” ¹⁴⁶. Para Moreira Alves, portanto, o primeiro obstáculo a ser ultrapassado é a possibilidade ou não de eficácia imediata da norma instituidora do mandado de injunção.

O ministro supera essa primeira questão ao concluir pela eficácia imediata do mandado de injunção. Observa, então, que os únicos parâmetros existentes para a interpretação do *writ* são os dispositivos constitucionais a ele referentes. O relator

¹⁴² O voto se refere à antiga redação do artigo 42, revogada pela EC n. 18/98, que dizia: “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 disponibilidade e outras disposições de transferência do servidor militar para a inatividade.” BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Publicada no DOU de 05.10.1988.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782, p. 3.

¹⁴⁴ “Art. 5º. [...]§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Publicada no DOU de 05.10.1988.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782, p. 27-28.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782, p. 28.

faz uma leitura sistemática desses dispositivos, tal como o ministro Marco Aurélio procedeu no julgamento do MI 721/DF, e conclui:

Da análise desses textos deflui que:

- a) – o mandado de injunção é uma ação;
- b) – ação a ser proposta por aquele a que, no caso concreto, é outorgado direito ou liberdade constitucionais, ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania, direito, liberdade ou prerrogativa esses que não podem ser exercitados por falta de norma regulamentadora;
- e
- c) – ação ajuizável perante órgão do Poder Judiciário em razão do Poder, do Órgão, da Entidade ou da Autoridade cuja omissão torna inviável o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa já referidos.¹⁴⁷

Traçados os delineamentos básicos do instituto, Moreira Alves passa a enfrentar o problema de suas peculiaridades, a começar pelo objeto do mandado de injunção. Comparando o mandado de injunção à ação de inconstitucionalidade por omissão, entende ser o objeto daquele mais restrito em relação ao desta ação.

Explica:

[...] é esse instrumento processual cabível apenas quando houver omissão inconstitucional, que, aqui, se restringe à inércia quanto à regulamentação viabilizadora dos direitos, liberdades e prerrogativas, não tendo, portanto, a extensão que o § 2º do artigo 103 dá à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a qual abarca qualquer “medida” (inclusive, pois, de ordem administrativa, como resulta da parte final desse dispositivo) que seja necessária para tornar efetiva norma constitucional.¹⁴⁸

Acerca da abrangência do termo “omissão inconstitucional”, apresenta a concepção completa do seu significado. Esclarece que o cabimento do mandado de injunção não se restringe às hipóteses de omissão legislativa. Outros casos de inércia quanto à regulamentação de direitos constitucionalmente assegurados também podem ser atacados via mandado de injunção:

[...] tendo em vista não só que o mandado de injunção não é instrumento processual de caráter transitório, mas, sim, permanente, como também que ele é cabível quando há omissão de órgãos ou autoridades que não legislam, como resulta dos artigos 102, I, g, e 105, II, h, a falta de regulamentação a que se refere o artigo 5º, LXXI, abrange, não apenas a ausência de lei, mas de iniciativa legislativa, de decreto regulamentador, ou, até de outros atos administrativos normativos necessários à viabilização do exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas a que alude esse dispositivo constitucional. E essa falta de regulamentação se caracteriza

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782, p. 31.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782, p. 32.

quando ela é total ou apenas parcial, porquanto esta configura também omissão.¹⁴⁹

As demais normas constitucionais relativas ao mandado de injunção tratam da competência para seu julgamento e de recurso eventualmente cabível da decisão final. O ministro Moreira Alves observa que a técnica adotada pelo constituinte ao atribuir o julgamento do mandado de injunção em função da autoridade responsável pela omissão inconstitucional.

[...] a competência para o processamento e julgamento originários do mandado de injunção é fixada ratione personae, ou seja, em razão da condição dos Poderes, órgãos, entidades ou autoridades a que seja imputada a omissão regulamentadora, o que, segundo a técnica processual, se dá quando essas pessoas estão em causa, participando, portanto, da relação jurídica processual, na defesa de interesse jurídico.¹⁵⁰

As normas constitucionais instituidoras de direito e dependentes de regulamentação ensejam o aparecimento da omissão inconstitucional. Apenas parte dessas normas, todavia, podem ser objeto do mandado de injunção. Isso porque somente a ausência de regulamentação que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à cidadania, soberania e nacionalidade permite a concessão do *writ*.

A ressalva feita no voto leva em consideração as hipóteses de não cabimento do remédio constitucional. Assim, como boa parte das normas constitucionais não se encontra no âmbito de proteção injuncional, a solução para tais casos deverá ser encontrada com base na integração do ordenamento jurídico a ser feita pelo julgador.

Como se vê, a maior parte dos casos de omissão ficaria fora do âmbito do mandado de injunção. E isso sem falar nas hipóteses em que não seria possível ao S.T.F., ou a algum outro Tribunal competente, fazer a regulamentação, por falta de condições técnicas para fazê-lo, o que levaria a um impasse de non liquet que não é admissível em nosso sistema jurídico, em que o juiz não pode deixar de julgar; nem na possibilidade de decisões diversas em mandado de injunção, que nem sempre serão julgados pelo mesmo Juízo ou Tribunal, como decorre das normas de competência [...]¹⁵¹

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782, p. 34.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782, p. 34.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782, p. 37-38.

As diferentes correntes acerca dos efeitos da decisão concessiva do mandado de injunção são abordadas pelo relator. A ressalva feita quanto às hipóteses de não cabimento do *writ* serve para atacar, de modo geral, o posicionamento concretista. Aqueles que defendem a possibilidade de regulamentação provisória do direito previsto se fundamentam na supremacia da Constituição e na força normativa de seus dispositivos.

A linha de raciocínio do ministro esclarece que a supremacia e a força normativa constitucional não se realizam unicamente em função do mandado de injunção. As normas constitucionais impositivas de obrigações positivas ao Estado devem ser respeitadas em sua totalidade. Assim, se apenas uma parte dessas normas está ao alcance do mandado de injunção, o *writ* não pode ser entendido como único meio apto a lhes alcançar a efetividade, sob pena de se admitir a ineficácia das demais.

Quanto aos concretistas que defendem a regulamentação com efeitos *inter partes*, argumenta que: “[...] não admitindo sua extensão aos casos análogos, o mandado de injunção com essa índole seria insuscetível de viabilizar o exercício de toda uma espécie de prerrogativas para a qual ele foi criado pelo artigo 5º, LXXI: as prerrogativas inerentes à soberania popular.”¹⁵². Tais prerrogativas são, na visão do ministro, de ordem coletiva por sua própria natureza.

A crítica a esse posicionamento também se refere ao confronto entre a coisa julgada e eventual suprimento da omissão estatal:

Ademais, se a regulamentação é para o caso concreto, a sentença constitutiva faz, sem dúvida alguma, coisa julgada entre as partes, e não poderá ser modificada pela lei posterior que venha a regulamentar o direito, a garantia ou a prerrogativa a que se refere o artigo 5º, LXXI, em virtude do princípio constitucional contido no inciso XXXVI desse mesmo artigo 5º da Constituição Federal [...] ¹⁵³.

A corrente concretista que defende a atribuição de efeitos *erga omnes* ao mandado de injunção também é afastada por Moreira Alves:

Com efeito, por ela, o que, expressamente, a Constituição não permite na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que é abstrata e que se

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782, p. 38.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782, p. 38.

destina a ter eficácia erga omnes por sua própria natureza, seria permitido a qualquer do povo: a regulamentação de texto constitucional feita pelo Poder Judiciário e aplicável a todos os casos análogos. O que não se permite seja obtido pelos legitimados ativamente para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, que é processo objetivo em que não há defesa de interesses particulares e que se destina ao interesse público maior que é a defesa da Constituição, seria lícito alcançar por qualquer pessoa na defesa de interesse individual, o que levaria ao absurdo de o mandado de injunção esvaziar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.¹⁵⁴

O relator destaca a incoerência em não se permitir que entidade de classe obtenha a regulamentação de norma em ação de inconstitucionalidade por omissão e se permitir ao filiado o logre em sede de mandado de injunção, além de se tratar a primeira ação de competência originária do Supremo Tribunal Federal e a última de Juiz ou Tribunal inferior¹⁵⁵. Assim, a leitura concretista do mandado de injunção levaria ao absurdo de juiz ou Tribunal inferior ter competência, em sede de controle de constitucionalidade por omissão, mais abrangente que a do próprio STF.

Aliás, a admitir-se essa regulamentação, ter-se-á este absurdo: o que o Supremo Tribunal Federal não poderá fazer em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, Órgão Judiciário inferior a ele – assim, os Tribunais Superiores e os Tribunais Regionais – poderá fazê-lo, em mandado de injunção.¹⁵⁶

Sobre o § 2º do artigo 103, que estabelece os efeitos da decisão de procedência da ação de inconstitucionalidade por omissão:

Essa solução, acolhida pela Constituição atual, é, sem dúvida alguma, a que se compatibiliza com o sistema constitucional vigente que deu particular relevo à separação de Poderes (arts. 2º e 60, § 4º, III), que continuou a inserir entre os direitos fundamentais o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II), e que, também, atento ao princípio democrático, estabeleceu um processo legislativo em que o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matérias a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema de freios e contra-freios de que participam exclusivamente os Poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo povo.¹⁵⁷

Dentre as correntes de pensamento sobre os efeitos da decisão do mandado de injunção, Moreira Alves entende que a não-concretista é a única a não apresentar

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782, p. 38-39.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782, p. 39.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782, p. 43.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782, p. 40-41.

confrontos com a ordem constitucional pátria. Sustenta que nessa compreensão “[...] o mandado de injunção é ação que se destina a obter uma sentença que declare a ocorrência da omissão constitucional, ou que marque prazo para que isso não ocorra, a fim de que se adotem as providências necessárias à eliminação dessa omissão -, não há qualquer óbice de natureza constitucional.”¹⁵⁸.

A natureza jurídica do instituto, foco inicial das atenções do ministro Marco Aurélio no julgamento do MI 721/DF, também é abordada por Moreira Alves que afasta, desde logo, o caráter constitutiva da decisão. Argumenta:

[...] sua denominação (algo como “mandado de ordem”) e sua colocação, em textos constitucionais (arts. 102, II, a; e 121, § 4º, V), ao lado do mandado de segurança, com a admissão de recurso ordinário no caso de decisão denegatória são tecnicamente incompatíveis com decisão constitutiva que não se destina – como ocorre com o mandado de segurança quando este tem natureza constitutiva – a desconstituir situação jurídica nova para restabelecer a anterior, e ação constitutiva cuja decisão final não é de deferimento ou de denegação do requerido.¹⁵⁹.

Outro óbice para a adoção do entendimento concretista, segundo o ministro relator, é a possibilidade de diversas regulamentações provisórias divergentes de um mesmo direito. A segurança jurídica e o princípio da isonomia restariam inevitavelmente afrontados, de forma a se tornar insustentável a postura do Poder Judiciário em confronto com os ditames constitucionais.

[...] como resulta das normas de competência contidas nos arts. 105, I, h, e 121, § 4º, V, podendo ser competentes para processar e julgar mandados de injunção Tribunais Regionais e Juízes, o que conduziria inevitavelmente a uma diversidade de regulamentações individuais do mesmo texto constitucional, sem possibilidade de uniformização [...].¹⁶⁰

A corrente não-concretista, portanto, é a única viável na ordem constitucional vigente para o ministro Moreira Alves. Sustenta que, ao adotar esse posicionamento, o Supremo não afrontaria a Constituição e daria a solução adequada ao caso segundo a valoração feita pelo próprio legislador constituinte. Faz, contudo, uma ressalva:

A única objeção que se opõe à solução adotada pela primeira corrente relativa ao mandado de injunção, embora para ela se encaminhem todos os

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782, p. 41.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782, p. 41.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782, p. 43.

elementos de interpretação que se podem colher dos textos constitucionais pertinentes é a de que, na prática, a decisão dele decorrente poderá não ser cumprida, pela impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal atuar coercitivamente contra os Poderes do Estado omissos.¹⁶¹

De fato, houve ineficácia das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de injunção enquanto a Corte se filiou ao pensamento não concretista. Dar ciência ao Poder omissor acabou por não surtir qualquer efeito prático, de modo a persistir a situação de inconstitucionalidade por omissão no mundo jurídico. A conseqüência foi desestimular o uso do mandado de injunção como remédio constitucional.

Sobre essa possibilidade de ineficácia das decisões, argumenta o relator que a solução adotada pelo constituinte é que padece desse problema. Ao adotar a sistemática não concretista para a solução da ação de inconstitucionalidade por omissão, o próprio sistema constitucional aceitaria a possibilidade de ineficácia da decisão final. Por isso, aduz o ministro:

Isso mostra que essa ciência da declaração da omissão inconstitucional para que se adotem as providências necessárias é eficácia constitucionalmente satisfatória para a ação direta, pois não é admissível que se pretenda que a Constituição crie uma ação excepcional como é esta pelo simples prazer de criá-la, que a tanto leva a afirmação de sua inocuidade. E, se o é para a ação direta, processo objetivo de defesa do interesse público, o será, também, para o mandado de injunção, ação que visa à defesa de interesse individual.¹⁶²

A ineficácia não será completa, segundo a visão de Moreira Alves, pois, ainda que não admita a regulamentação provisória pelo julgador, outros efeitos secundários advirão da procedência do mandado de injunção:

Se esta Corte, ao julgar o mandado de injunção impetrado por alguém para declarar a omissão argüida como inconstitucional, não se limitará ela a cientificar o Poder omissor para que tome as providências necessárias ao seu suprimento, mas poderá determinar, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado mas cujo exercício está inviabilizado por omissão deste, que, enquanto não for suprida, se suspendam os processos judiciais ou administrativos [...] de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se aquele direito fosse exercitável.¹⁶³

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782, p. 45.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782, p. 45.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782, p. 46-47.

Em suma, esse voto sustenta a corrente não-concretista como a única compatível com o princípio constitucional de separação de poderes e com a sistemática do mandado de injunção. Muito embora reconheça a possibilidade de ineficácia da decisão final do *writ*, compreende que o problema se situa na própria ordem constitucional e na solução adotada pelo constituinte como adequada. Afasta a ineficácia total ao admitir a produção de efeitos secundários.

3.2 Mandado de Injunção 721/DF

O julgamento do Mandado de Injunção 721/DF, ocorrido no dia 30 de agosto de 2007, marcou a viragem jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos da decisão desse *writ*. O entendimento anterior da Corte se baseava em postura não-concretista, em que a decisão reconhecedora da existência de inconstitucionalidade por omissão deveria se limitar a declarar tal inconstitucionalidade e cientificar o Poder omissor para adotar as medidas cabíveis.

A mudança de posicionamento deu novos contornos ao referido remédio constitucional. Abandonou-se a postura anterior em prol de uma visão concretista acerca dos efeitos da decisão do mandado de injunção. O julgamento do Mandado de Injunção 721/DF é particularmente emblemático por se tratar do percussor da viragem jurisprudencial. É o primeiro precedente em que, ao reconhecer a omissão inconstitucional, o Supremo decide ser cabível a regulamentação provisória de modo a tornar exercível o direito constitucionalmente assegurado.

O caso concreto abordado por esse mandado de injunção fundamenta-se no artigo 40, § 4º da Constituição Federal ¹⁶⁴. Esse dispositivo constitucional determina a adoção de critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos

¹⁶⁴ “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. [...] § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I - portadores de deficiência; II - que exerçam atividades de risco; III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.” BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Publicada no DOU de 05.10.1988.

servidores públicos sujeitos a condições especiais, segundo critérios estabelecidos por lei complementar. Ante a inércia legislativa, a impetrante:

[...] afirmar exercer, desde 22 de outubro de 1986, a função de auxiliar de enfermagem na instituição referida, atuando em ambiente insalubre. Evoca o disposto no artigo 40, § 4º, da Constituição Federal para ressaltar que a inexistência de lei complementar vem inviabilizando o exercício do direito à aposentadoria, implementado o direito consentâneo com o desgaste decorrente do contato com agentes nocivos à saúde, com portadores de moléstias infecto-contagiosas humanas e materiais e objetos contaminados. Então, pleiteia seja suprida a lacuna normativa, asseverando o direito à aposentadoria especial [...] Sucessivamente, requer a observância do regime geral de previdência social [...] ¹⁶⁵.

A manifestação do Advogado-Geral da União se deu no sentido de não haver obrigatoriedade da produção legislativa. Ao defender seu posicionamento, sustentou que “[...] o Estado pode optar por não aprovar uma lei complementar, até pelo temor de que as exceções sejam tantas que se tornem regras.” ¹⁶⁶. Assim, a edição de uma lei se encontraria dentro do âmbito discricionário do Poder Público e, portanto, seria legítima a postura de não legislar.

O Procurador-Geral da República seguiu o mesmo raciocínio e argumentou que inexistente obrigatoriedade de o legislador derivado editar norma regulamentadora da matéria, é caso de juízo político acerca da conveniência e oportunidade da edição da lei, que não pode ser substituído por decisão judicial¹⁶⁷. Igualmente ao entendimento do Advogado-Geral da União, pugnou pela improcedência do mandado de injunção.

O relator, ministro Marco Aurélio, baseia seu voto na premissa de ter essa ação natureza jurídica mandamental. Conforme se expôs no primeiro capítulo, ante a ausência de regulamentação do mandado de injunção, o único parâmetro disponível ao aplicador do direito é a própria Constituição. A conclusão a que se chega ao interpretar os dispositivos constitucionais é pela natureza mandamental. Explica o relator:

A natureza da citada ação constitucional – mandado de injunção -, procedente a causa de pedir versada na inicial, leva o pronunciamento a

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 3.

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 4.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 4.

ganhar contornos mandamentais, a ganhar eficácia maior, a ponto de viabilizar, consideradas as balizas subjetivas da impetração, o exercício do direito, da liberdade constitucional ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Eis que surgiu, no cenário normativo-constitucional, o instrumento capaz de revelar a lei fundamental como de concretude maior, abandonada visão simplesmente lírica.¹⁶⁸

Em suma, extrai da natureza jurídica mandamental a aptidão de eficácia do mandado de injunção. Destaca também o ministro Marco Aurélio que a redação do artigo 40, § 4º, dada pelas Emendas n. 20/98 e Emenda n. 47/05 abandonaram o verbo “poderá” para impor ao legislador a adoção de critérios especiais. Essa alteração implicaria em verdadeira imposição de editar lei a instituir os referidos critérios. Ao contrário do entendimento esposado nos pareceres apresentados, sustenta o dever de legislar.

Em síntese, hoje não sugere dúvida a existência do direito constitucional à adoção de requisitos e critérios diferenciados para alcançar a aposentadoria daqueles que hajam trabalhado sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Permaneceu a cláusula de definição em lei complementar.¹⁶⁹

Para o ministro, “O instrumental previsto na Lei Maior [...] tem natureza mandamental e não simplesmente declaratória, no sentido da inércia legislativa.”¹⁷⁰. A isso, acrescenta a existência de verdadeiro dever de legislar no caso concreto para decidir que “Cabe ao Supremo, porque autorizado pela Carta da República a fazê-lo, estabelecer para o caso concreto e de forma temporária, até a vinda da lei complementar prevista, as balizas do exercício do direito assegurado constitucionalmente.”¹⁷¹.

Afasta a alegação de que haveria usurpação da função legislativa sob o argumento de se tratar de atuação, tipicamente, judicial. O provimento final apresentado pelo Supremo, nesse caso, estaria muito mais próximo de um ato jurisdicional do que de um legislativo:

O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como em qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 6.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 8.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 8-9.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 8.

condição resolutiva, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo.¹⁷²

A autorização constitucional para a postura concretista em mandado de injunção, segundo o relator, decorreria da própria supremacia e força normativa da Constituição. Nesse sentido, aduz que “Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas conseqüências da inércia do legislador.”¹⁷³. Assim, a o provimento jurisdicional adequado consistiria na exeqüibilidade do direito constitucional pendente de regulamentação reclamado.

O ministro Marco Aurélio faz uma leitura sistemática da Lei Maior para buscar a relativização da separação de poderes. Cita o artigo 114, § 2º da Constituição¹⁷⁴, que estabelece a competência de atuação legiferante da justiça do trabalho nos dissídios coletivos, como exceção ao princípio da separação de poderes. “Está-se diante de situação concreta em que o Diploma Maior recepçiona, mesmo assim de forma mitigada, a separação de poderes que nos vem de Montesquieu.”¹⁷⁵.

Por fim, reforça a possibilidade de regulamentação provisória ante a viabilidade do caso concreto apresentado na presente demanda. “No caso, a dificuldade não é maior, porquanto é possível adotar-se, ante o fator tempo e a situação concreta da impetrante, o sistema revelado pelo regime geral de previdência social.”¹⁷⁶.

O ministro Eros Grau apresentou voto vista. Destaca, inicialmente, a verificação do primeiro requisito para a concessão de mandado de injunção, qual seja a existência de omissão inconstitucional. “A mora, no caso, é evidente. Trata-

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 9.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 11.

¹⁷⁴ “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...]2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Publicada no DOU de 05.10.1988.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 11.

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 11.

se, nitidamente, de mora incompatível com o previsto e programado pela Constituição do Brasil no seu artigo 40, § 4º.”¹⁷⁷. Com base na inadmissibilidade de comportamentos inconstitucionais, desenvolve seu voto.

Cita o Professor José Ignácio Botelho de Mesquita:

O que cabe ao órgão da jurisdição não é, pois constranger alguém a dar cumprimento ao preceito constitucional, mas, sim, suprir a falta da norma regulamentadora, criando, a partir daí, uma coação da mesma natureza que estaria contida na norma regulamentadora.¹⁷⁸

Assim, defende a atuação concretista da Corte como forma de afastar a omissão inconstitucional e como função que lhe é inerente no controle de constitucionalidade. Desenvolve seu argumento por meio da distinção entre função normativa e função legislativa: “Pois é certo que este Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o artigo 40, § 4º, da Constituição, função normativa, porém não legislativa.”¹⁷⁹.

A função normativa seria típica do Poder Judiciário, da mesma forma como a legislativa o é em relação ao Poder Legislativo. Esclarece que o óbice encontrado em reconhecer a função normativa ao julgador está justamente na concepção que se tem do que vem a ser “função”. Explica:

Entenda-se por *função* estatal a expressão do poder estatal --- tomando-se aqui a expressão “poder estatal” no seu aspecto *material* --- enquanto preordenado a *finalidades* de interesse coletivo e objeto de um *dever* jurídico.

A consideração do poder estatal desse aspecto liberta-nos da tradicional classificação das funções estatais segundo o critério *orgânico* ou *institucional*. Nesta última, porque o poder estatal é visualizado desde a perspectiva *subjéctiva*, alinham-se a função *legislativa*, a *executiva* e a *jurisdicional*, às quais são vocacionados, respectivamente, os Poderes *Legislativo, Executivo e Judiciário*.¹⁸⁰

Do ponto de vista material, portanto, a função estatal se relacionaria às finalidades coletivas preordenadas para o adimplemento de um dever jurídico. Ao

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 24.

¹⁷⁸ *Apud.* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 22-23.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 25.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 26.

Poder Judiciário, incumbe pôr fim a conflitos de interesses trazidos à sua apreciação. Seu dever jurídico consiste na prestação jurisdicional e a função estatal que desempenha seria a pertinente ao adequado provimento jurisdicional, com a solução do conflito de interesses.

A função legislativa não se confundiria com a função normativa:

*A função legislativa é maior e menor do que a função normativa. Maior porque abrange a produção de atos administrativos sob a forma de lei [lei apenas em sentido formal, lei que não é norma, entendidas essas como preceito primário que se integra no ordenamento jurídico inovando-o]; menor porque a função normativa abrange não apenas normas jurídicas contidas em lei, mas também nos regimentos editados pelo Poder Judiciário e nos regulamentos expedidos pelo Poder Executivo.*¹⁸¹

Explica, também, a distinção entre norma e lei. “A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é atividade que se presta a transformar textos --- disposições, preceitos, enunciados --- em normas.”¹⁸². Dessa forma, dos preceitos contidos em textos legislativos, o intérprete extrai o comando normativo como produto resultante da atividade hermenêutica desenvolvida.

O julgamento do mandado de injunção com a regulamentação provisória, de modo a viabilizar o direito constitucionalmente assegurado, não seria produção legislativa por parte do julgador, mas sim produção normativa. Como detém essa função normativa, enquanto expressão do poder estatal no exercício da jurisdição, não haveria usurpação de função do Poder Legislativo.

O Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa tomada de decisão como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado.¹⁸³

Segue a linha argumentativa apresentada pelo relator e sustenta decorrer da própria Constituição a referida função normativa. Ao instituir o mandado de injunção, o constituinte atribui ao Poder Judiciário a função de julgá-lo, com os meios necessários à solução da demanda. A separação de poderes se restringe aos contornos constitucionais que lhe são dados.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 27.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 28.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 28-29.

Ademais, não há que falar em agressão à “separação dos poderes”, mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada “separação dos poderes” provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal qual nela definida. Nada mais.¹⁸⁴

O ministro Eros Grau conclui seu voto vista incluindo o julgamento do mandado de injunção com efeitos concretistas no rol de competências constitucionais da Corte. Assim, cabe ao Supremo Tribunal “[...] se concedida a injunção, remover o obstáculo decorrente da omissão, definindo a norma adequada à regulação do caso concreto, norma enunciada como texto normativo, logo sujeito a interpretação pelo seu aplicador.”¹⁸⁵.

Destaca, por fim, que “No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia a norma regulamentadora que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito da impetrante, servidora pública, à aposentadoria especial.”¹⁸⁶.

Os ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Britto acompanham o relator. O primeiro ressalta entender: “[...] que se deve dar efetividade a este importante instrumento constitucional que é o mandado de injunção.”¹⁸⁷. O último lembra ter dito que “[...] somente cabe mandado de injunção perante uma norma constitucional de eficácia limitada. Sendo assim, não faz sentido proferir uma decisão judicial também de eficácia limitada. É uma contradição nos termos.”¹⁸⁸.

O Mandado de Injunção 721/DF afastou, portanto, o antigo entendimento não-concretista acerca da decisão do mandado de injunção. Fundamentou-se na natureza jurídica mandamental do instituto e no dever de legislar para justificar a viragem jurisprudencial. A ofensa ao princípio da separação de poderes foi afastada sob o argumento de estar o *writ* previsto na própria Constituição. Ressalta a supremacia constitucional e a necessidade de eficácia do provimento jurisdicional.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 29.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 30.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 31.

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 32.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011, p. 33.

3.3 Cotejo entre o MI 721/DF e a visão do ministro Moreira Alves no MI 107 QO/DF

A viragem jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de injunção gerou discussões sobre o possível acerto quanto ao novo entendimento da Corte. Aos que defendem a nova compreensão, o principal argumento é a efetividade conferida aos dispositivos constitucionais, principalmente levando em consideração a ineficácia dos provimentos jurisdicionais em mandado de injunção alinhados à orientação anterior.

Assim, diz-se que:

[...] os acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos Mandados de Injunção nºs 678, 708 e 712, romperam com a interpretação restrita que se vinha conferindo ao art. 37, VII da Constituição Federal, reconhecendo, finalmente, a este último, alguma força normativa.¹⁸⁹

Conforme exposto anteriormente, o Mandado de Injunção 712/DF é particularmente paradigmático por ter sido o primeiro em que se manifestou o entendimento concretista na decisão final. A argumentação do ministro relator, seguida nos demais votos, baseia-se na necessidade de conferir efetividade ao *writ* e de dar uma resposta ao impetrante, de modo a lhe assegurar o exercício do direito constitucionalmente previsto e pendente de regulamentação.

Explica-se o ponto de vista do relator, o ministro Marco Aurélio:

Segundo ele, o MI não é impetrado para obter a certidão de omissão de parte dos responsáveis pela regulamentação do direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes a nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se que a supremacia da CF/88 se manifesta e que a prestação jurisdicional afaste as nefastas conseqüências da inércia do legislador.¹⁹⁰

A efetividade dos direitos previstos em norma de eficácia limitada é, como se observa, o principal argumento dos defensores da corrente concretista em mandado

¹⁸⁹ EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O direito de greve dos servidores públicos após o julgamento dos mandados de injunção nºs 670, 708 e 712 pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista IOB trabalhista e previdenciária*. Porto Alegre: Síntese, v. 20, n. 231, p. 83-100, set. 2008, p. 99.

¹⁹⁰ CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. Mandado de injunção e hermenêutica constitucional. *Espaço jurídico*. Joaçaba: Editora Unoesc, v. 7, n. 1, p. 65-76, jan./jun. 2006, p.71.

de injunção. Os adeptos desse posicionamento enxergam no *writ* o único caminho para a realização de tais direitos. A Constituição é dotada de supremacia e suas disposições devem ser respeitadas como ordens e não meras recomendações. Sustenta Gilmar Mendes:

Ao contrário da orientação sustentada por uma das correntes doutrinárias, o mandado de injunção afigurava-se adequado à realização de direitos constitucionais que dependiam da edição de normas de organização, pois, do contrário, esses direitos não ganhariam qualquer significado.¹⁹¹

A aplicação de regulamentação provisória adota pelo Poder Judiciário é criticada, principalmente, sob o argumento de consubstanciar ofensa ao princípio da separação de poderes. A contra-argumentação é no sentido de que “[...] o Tribunal [...] passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.”¹⁹². Não haveria exercício de função típica legislativa e, portanto, não haveria óbice constitucional.

Gilmar Mendes acrescenta que a solução provisória adotada nos mandados de injunção não consistiria em substituição da vontade hipotética do legislador, principalmente, porque o Supremo tem se utilizado da aplicação de leis já existentes. Quanto ao julgamento em que se debateu a greve dos servidores públicos, explicou:

É certo, igualmente, que a solução alvitada por essa posição doutrinária não desborda do critério da vontade hipotética do legislador, uma vez que se cuida de adotar, provisoriamente, para o âmbito da greve no serviço público, as regras aplicáveis às greves no âmbito privado.¹⁹³

Dessa forma, afastado o argumento de ofensa à separação de poderes, inclusive por se tratar de função normativa nas palavras de Eros Grau, os concretistas defendem seu entendimento pelos resultados alcançados. Aduzem que: “A efetividade dada pelo STF, nos MI 670 e 712, vêm aumentar os meios de defesa

¹⁹¹ MENDES, Gilmar. Mandado de injunção. *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 19, p. 126-148, jan./fev 2008, p. 132.

¹⁹² MENDES, Gilmar. Mandado de injunção. *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 19, p. 126-148, jan./fev 2008, p. 146.

¹⁹³ MENDES, Gilmar. Mandado de injunção. *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: IDP, v. 1, n. 1, p. 5-23, jul.-set./2005, p. 21.

dos direitos fundamentais. Realizar a efetividade do mandado de injunção é destinar seu correto aproveitamento.”¹⁹⁴.

A antiga visão não-concretista, materializada no voto do ministro Moreira Alves, não vislumbrava esse potencial realizador da Constituição no mandado de injunção da mesma maneira. Diz-se que “[...] Moreira Alves, que não enxergava, no mandado de injunção, meio hábil de suprir lacuna normativa, mas apenas cientificar o órgão omissor sobre sua mora, o que não exigia regulamentação.”¹⁹⁵.

Assim, a crítica dirigida a esse posicionamento argumenta pela ineficácia dos provimentos em mandado de injunção. Além de se dizer que Moreira Alves não enxergava no *writ* um instrumento de efetivação constitucional, entende-se que a decisão tomada no Mandado de Injunção 107 foi excessivamente restrita:

Nesse particular, deve-se observar que, diferentemente das relativizações efetivadas quanto ao decidido no Mandado de Injunção nº 107/DF (DJ 02.08.1991), nos casos em que se apreciaram as possibilidades e condições para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis, a Corte ficou adstrita tão-somente à declaração da existência de mora legislativa para a edição de norma reguladora específica.¹⁹⁶

Em sentido contrário, rebate-se a idéia de aceitação da ineficácia no posicionamento não-concretista. Conforme exposto no voto do ministro Moreira Alves no MI 107 QO/DF, o entendimento é de que dar ciência ao Poder omissor foi a solução adotada pelo próprio constituinte. Assim, essa corrente “Expressa, pois, essa visão do STF, um voto de confiança às instituições incumbidas de produzir a norma. É uma decisão que privilegia a prudência, em face de risco de crises institucionais [...]”¹⁹⁷.

O principal fundamento não-concretista é o obstáculo que existiria para a regulamentação provisória por parte do Poder Judiciário na separação de poderes e no princípio democrático. O primeiro óbice estaria na usurpação da função legislativa

¹⁹⁴ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O novo aproveitamento do mandado de injunção. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, n. 60, p.82-93, jul.-set./2007, p. 85.

¹⁹⁵ LIMA, Fábio Quintas. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 5, n. 20, p. 82-102, mar./abr. 2008, p. 89.

¹⁹⁶ MENDES, Gilmar. Mandado de injunção. *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: IDP, v. 1, n. 1, p. 5-23, jul.-set./2005, p. 16.

¹⁹⁷ LIMA, Fábio Quintas. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 5, n. 20, p. 82-102, mar./abr. 2008, p. 88.

por parte do julgador e o segundo na falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para proceder à tomada de decisões gerais e abstratas em nome da coletividade.

Assim, sobre a regulamentação provisória:

[...] tal prática não se deixaria compatibilizar com o princípio da divisão de poderes e com o princípio da democracia. Além do mais, o modelo constitucional não continha norma autorizadora para a edição de regras autônomas pelo juizado, em substituição à atividade do legislador, ainda que com vigência provisória, como indicado pela doutrina. Portanto, essa posição revela-se incompatível com a Constituição.¹⁹⁸

Em suma, o confronto entre os dois posicionamentos materializados nos julgamentos abordados apresenta o embate da supremacia e eficácia da Constituição e com a separação de poderes. O MI 721/DF consagra as primeiras por intermédio da natureza jurídica mandamental do *writ* e por entender ser a função normativa típica do Poder Judiciário, na medida em que a Constituição lhe atribui o julgamento do mandado de injunção.

A separação de poderes, para os ministros integrantes do julgamento mais recente, é apenas aquela prevista na Constituição, nada mais. Argumentam que não há que se falar em separação de poderes advinda do direito natural. Utilizam-se de outros dispositivos, em que se autoriza o julgador a proceder à regulamentação, para justificar como, dentro do sistema de freios e contrapesos, a atuação concretista é justificada.

A natureza jurídica mandamental não é negada no julgamento do MI 107 QO/DF, muito pelo contrário. Moreira Alves também parte desse ponto para construir seu raciocínio. Esse ponto de aparente convergência entre os dois julgados é justamente o início do desencontro entre eles. Enquanto Marco Aurélio determina que a natureza jurídica mandamental permite a eficácia do remédio constitucional, para Moreira Alves é o ponto de negação da natureza constitutiva.

Essa natureza jurídica, conforme abordado no primeiro capítulo, é a melhor solução de leitura sistemática do *writ*. A questão perde a importância quando se perquire em que consistiria a ordem emitida pelo Judiciário na decisão de

¹⁹⁸ MENDES, Gilmar. Mandado de injunção. *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: IDP, v. 1, n. 1, p. 5-23, jul.-set./2005, p. 9.

procedência da injunção. Tal ordem deve ser aquela compatível com a ordem constitucional vigente, principalmente ante a ausência de regulamentação específica para o *writ*.

Para Moreira Alves, a ordem concedida seria o reconhecimento da omissão inconstitucional, com a ciência do Poder omissor e os efeitos secundários da declaração de inconstitucionalidade. Para os concretistas, a ordem consistiria na regulamentação provisória pelo Poder Judiciário até que se fosse suprida a omissão com a prática do ato.

A separação de poderes não é negada como princípio fundamental da ordem constitucional vigente por nenhuma das correntes. No MI 721/DF, afasta-se eventual ofensa sob o argumento do sistema de freios e contrapesos e da competência atribuída pela Lei Maior. Se a separação de poderes é apenas aquela prevista na Constituição, o fato é que eventual mitigação desse princípio deveria estar expressa em seu texto.

A possibilidade de regulamentação por parte do Poder Judiciário nos dissídios coletivos da Justiça do Trabalho encontra disposição constitucional autorizadora dessa medida. Deixar ao próprio Judiciário para decidir quais os limites de sua competência, de forma a possibilitar sua ampliação fora do estipulado na Constituição, não se coaduna com o sistema de freios e contrapesos vigente.

Esse chamado poder normativo, manifestado na elaboração de regimentos internos, também encontra previsão expressa no texto constitucional. Não se presta, portanto, para justificar a atuação concretista em sede de mandado de injunção, uma vez que não há previsão expressa na Constituição nesse sentido. Se quisesse atribuir essa amplitude de função normativa para o Poder Judiciário, o constituinte o teria feito. Como não o fez, não cumpre ao julgador presumi-la.

Destaca-se, também, que essa ampliação dos poderes do julgador é feita em nome do controle dos Poderes Legislativo e Executivo. Qual seria então o controle sofrido pelo Poder Judiciário? A elucidação feita pelo ministro Sepúlveda Pertence sobre esse dito poder normativo do Supremo Tribunal Federal encerra a discussão:

Ora, esse poder normativo do Supremo Tribunal Federal, proposto e aprovado nos primeiros passos da Assembléia Nacional Constituinte, veio a ser suprimido, a partir da Comissão de Sistematização e não logrou voltar ao texto constitucional. Tratou-se de uma decisão política da Assembléia Nacional Constituinte.¹⁹⁹

A possibilidade de se alcançar a efetividade dos direitos assegurados constitucionalmente também pode ser contestada. Determinados casos exigem complexa regulamentação, precedida de amplo debate da sociedade, o que seria ser feito, ordinariamente, por intermédio de seus representantes no Congresso Nacional. Além de não ser o palco adequado para tais debates, por não representar os interesses sociais em jogo, o Supremo não dispõe de tempo nem legitimidade democrática para tanto.

A falta de tempo da Corte é o argumento usado por seus próprios integrantes como base para novos institutos, como a repercussão geral e a súmula vinculante, conhecidos como jurisprudência defensiva. Levar o debate acerca da regulamentação de direitos para o Supremo, demorado por natureza, consiste em lhe diminuir o tempo para decidir as causas envolvendo o controle de constitucionalidade. Sua função precípua, que lhe justifica a existência, seria prejudicada em nome dessa regulamentação.

A aplicação de lei existente análoga não implica em usar da vontade hipotética do legislador. Se a intenção fosse aplicar o regime geral de aposentadoria aos servidores públicos, haveria previsão legal nesse sentido. Ao contrário, o dispositivo constitucional exigindo lei específica para determinar o regime de aposentadoria especial dos servidores públicos faz presumir a vontade do constituinte em diferenciar os dois regimes.

Ademais, a analogia é recurso ordinariamente dispensado na integração do ordenamento jurídico. A Lei de Introdução ao Código Civil²⁰⁰ prevê esse recurso como forma de superar a omissão legal, em virtude de não poder o juiz se eximir de decidir com fundamento na ausência de lei. Ora, para determinar a aplicação

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782, p. 72.

²⁰⁰ “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”. BRASIL. DECRETO-LEI N. 4.657, de 04 de setembro de 1942. *Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro*. Publicação no DOU de 09.09.1942, retificação no DOU de 08.10.1942 e no DOU de 17.06.1943.

analgica não há necessidade de remédio constitucional específico. Assim, não se justifica a nova amplitude do mandado de injunção com base nesse tipo de decisão.

A efetividade das decisões, caso se adote a tese não-concretista, de fato representa um obstáculo. O argumento comumente usado para se negar que a decisão apenas declare a omissão e se dê ciência ao Poder omissor é que tal prática equipararia o mandado de injunção à ação de inconstitucionalidade por omissão. A primeira incoerência desse raciocínio, já apontada no segundo capítulo, é a de se admitir que o controle direto de constitucionalidade seja ineficaz.

Se não há disposição constitucional inútil, como argumentam os próprios concretistas, a previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão também não pode ser tida como inócua. A estrutura que lhe foi dada pelo poder constituinte deve ser visualizada como apta a produzir os efeitos que dela se esperam. Ainda que se mostre, na prática, de pouca ou nenhuma efetividade, esse foi o desenho que lhe deu a Constituição, com tais efeitos se contentou o constituinte.

Ao estabelecer esse tipo de decisão para o controle concentrado de constitucionalidade por omissão, o constituinte não quis mitigar o princípio da separação de poderes e permitir a regulamentação provisória da matéria pelo Poder Judiciário, nem mesmo se tratando de competência originária de seu órgão de cúpula. A leitura do instituto do mandado de injunção deve seguir essa mesma linha de raciocínio.

Considerada a natureza abstrata e o interesse coletivo da ação de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, individual e concreto, não pode ser interpretado de modo a transcendê-la. Os efeitos permitidos à primeira servem de parâmetro e limite ao segundo. Assim, o constituinte entendeu como suficiente e adequada solução à inconstitucionalidade por omissão sua declaração e ciência ao Poder omissor. Essa deve ser, também, a solução para o mandado de injunção.

A impossibilidade de se alcançar a efetividade de todos os dispositivos da Constituição por meio da atividade jurisdicional é, novamente, bem destacada pelo ministro Sepúlveda Pertence:

Na verdade, supor que, por decisão judicial, se pudesse dar, de fato, efetividade concreta a todos os avanços de uma Constituição de conteúdo prospectivo e transformador, como é a Constituição de 88, é, na verdade, um ilusionismo político, no mínimo; é exigir do Poder Judiciário o que ele não pode dar sob esta ou aquela forma processual, porque são conquistas, são avanços que dependem necessariamente de jogo político, em particular, da tensão entre pressões contraditórias da sociedade civil sobre os órgãos de definição das prioridades da ação estatal; dependem, enfim, da ambiência de lutas e de pressões contrapostas, que é a ambiência de uma democracia.²⁰¹

Do cotejo entre os dois julgados se chega à conclusão de que a viragem jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal visou alcançar uma maior efetividade constitucional. Baseou seu novo entendimento em uma leitura sistemática da Constituição e do mandado de injunção, atento aos problemas de ineficácia de julgados anteriores.

Não logrou, todavia, justificar o posicionamento concretista sem sacrifício do princípio da separação de poderes. A supremacia da Constituição é, sem sombra de dúvidas, um fim a ser perseguido constantemente, mormente quando se trata de direitos fundamentais assegurados em seu texto. O que não se admite é fazê-lo a qualquer custo. Novas conquistas não podem suprimir as anteriores. Buscar a realização de direitos não pode ser em detrimento da separação de poderes.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782, p. 74.

CONCLUSÃO

O mandado de injunção é ação cabível contra omissão estatal que torne inviável o exercício de direito e liberdade constitucional e prerrogativas inerente à cidadania, à soberania ou à nacionalidade. É marcado pela transitoriedade, uma vez que a tendência é de serem supridos os vácuos normativos à medida que forem editadas leis regulamentadoras de dispositivos constitucionais.

Seus pressupostos são a existência de uma omissão estatal e de um direito constitucionalmente assegurado que dependa de normatização ulterior para ser exercido. Ressalta-se que a regulamentação deve ser imprescindível ao exercício do direito, não basta ser somente útil. Dessa forma, normas de eficácia contida ou de eficácia plena, muito embora admitam descrição pormenorizada em atos normativos, não dão ensejo à impetração de mandado de injunção.

O objeto dessa ação é o direito assegurado constitucionalmente que dependa de regulamentação. A previsão na Lei Maior desse remédio fala em direito e liberdade constitucional e prerrogativas inerentes à cidadania, à soberania e à nacionalidade. A dificuldade em se determinar o que são tais prerrogativas, direitos e liberdades, aliado ao posicionamento dessa garantia junto aos demais direitos fundamentais, leva à conclusão de ser cabível o *writ* na defesa de qualquer destes últimos.

A competência para o julgamento do mandado de injunção seguiu técnica de atribuição conforme a autoridade responsável pela edição da norma. Assim, o foro privativo da autoridade omissa é que terá competência para julgar o remédio. Os legitimados ativos são os detentores do direito pendente de regulamentação e, no pólo passivo, figura o responsável pela omissão inconstitucional. O procedimento, ante a ausência de lei própria para o mandado de injunção, segue, no que for cabível, o do mandado de segurança.

A natureza jurídica pode ser fixada com base no regramento constitucional atinente ao *writ*, único parâmetro legal disponível ao intérprete. A previsão dessa ação junto ao mandado de segurança e ao mandado de segurança coletivo, bem como a nomenclatura utilizada pelo legislador constituinte, permite deduzir a natureza mandamental. A extensão dos efeitos mandamentais é controversa, ora se sustenta ser constitutiva, com a regulamentação provisória, ora se argumenta a declaração de omissão e ciência do Poder omissor.

Os efeitos da decisão em caso de concessão da injunção geram discussão doutrinária e jurisprudencial. As opiniões se dividem entre os concretistas e os não-concretistas. Para estes, em virtude da separação de poderes, não é possível ao julgador preceder à regulamentação provisória do direito. Os primeiros entendem ser cabível tal regulamentação, por não haver ofensa à separação de poderes, sob pena de ser inútil o provimento jurisdicional.

Os concretistas se dividem em individuais e gerais. Segundo aqueles, a decisão proferida em sede de mandado de injunção teria amplitude apenas *inter partes*, pois, do contrário, haveria exercício de função legislativa. Para estes, a regulamentação deve ter abrangência *erga omnes*, como decorrência de ser a decisão emitida pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário.

A coisa julgada e a execução da decisão final no *writ* dependem da corrente adotada quanto aos efeitos do provimento final. Caso se assumam a posição não-concretista, a coisa julgada será imodificável e a execução da decisão se dará pela declaração da inconstitucionalidade por omissão e a ciência do Poder omissor para que tome as providências cabíveis.

Na visão concretista, a coisa julgada poderá ser modificada pelo advento da norma regulamentadora. Se sobrevier situação vantajosa para o impetrante, deve-lhe ser assegurada a vantagem acrescida. Haveria uma espécie de condição resolutiva da coisa julgada. A execução se daria pelo exercício do direito constitucionalmente assegurado, por meio da regulamentação provisória adotada pelo Judiciário.

Traçado esse perfil do *writ*, é possível adentrar no problema central desse trabalho. A omissão inconstitucional e a separação de poderes no mandado de injunção consubstanciam o centro da divergência entre as correntes concretista e não-concretista. Para a primeira, a omissão inconstitucional é vício inadmissível e deve ser mitigado o princípio da separação de poderes para combatê-lo. Para os

não-concretistas, o problema da inconstitucionalidade não tem aptidão para afastar a separação de poderes.

A inconstitucionalidade consiste em ofensa ao disposto na Constituição. Diz-se por ação quando é editado ato contrário ao estabelecido no texto constitucional. Não se questiona a necessidade de expurgar atos contrários ao texto constitucional do ordenamento jurídico. A solução para esse problema se dá pela anulação do ato maculado.

A modalidade omissiva consiste na inércia estatal nos casos em que a Lei Maior lhe atribuiu o dever de agir. No contexto do Estado Social de Direito, respeitar os direitos dos indivíduos deixou de ser apenas a não interferência do Poder Público na esfera privada, para abarcar comportamentos positivos do ente público com vistas a implementar direitos.

O combate a situações de inconstitucionalidade necessita da previsão de processos para tanto. Assegurar um direito pressupõe a instituição do meio processual adequado à sua perseguição, sob pena de não se ter o direito. Assim como ocorre com os casos de inconstitucionalidade por ação, a inconstitucionalidade por omissão dispõe da ação direta e do mandado de injunção como meios de impugnação do vício.

Essas ações, embora destinadas aos casos de inconstitucionalidade por omissão, não se confundem. A principal crítica feita ao antigo posicionamento, não-concretista, do Supremo Tribunal Federal reside, justamente, na equiparação que se daria entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão ao se adotar esse entendimento.

Partindo da premissa de que não existem dispositivos constitucionais inúteis, não faz sentido haver a previsão duas ações distintas em nomenclatura, mas idênticas na substância. A ação de inconstitucionalidade por omissão integra o conjunto de controle concentrado de constitucionalidade, formado por processos ditos objetivos, em que se defende o interesse público na manutenção da integridade da ordem constitucional. Ademais, possui rol restrito de legitimados à sua propositura.

O mandado de injunção é ação individual, que tutela interesses privados. Integra o conjunto dos remédios constitucionais. São legitimados para sua propositura todos os detentores de direitos constitucionalmente assegurados e

pendentes de regulamentação. É ação disponível, ao contrário da direta, por se tratar de interesses privados.

A diferenciação dessas ações não precisa passar pela divergência de efeitos produzidos, como aduzem os concretistas. No ordenamento jurídico pátrio, inclusive, são encontrados vários exemplos de meios processuais distintos e aptos a produzir efeitos idênticos. A ação ordinária, diga-se de passagem, é instituto subsidiário para buscar qualquer tipo de tutela jurisdicional, ainda que exista procedimento específico para o caso.

O problema da separação de poderes, dessa forma, não pode ser superado pelo argumento da necessidade de diferenciação entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, mesmo porque se diz que deve haver distinção sob pena de se tornar o *writ* inútil. Ora, não se pode presumir que uma ação pertencente ao controle concentrado de constitucionalidade seja inútil.

Ademais, a ação direta é afeta ao interesse público, não se permite sua desistência após a interposição e apenas um rol restrito de legitimados pode interpô-la. É, portanto, mais ampla e relevante que o mandado de injunção. Admitir que a prestação jurisdicional não alcançável pelos legitimados constitucionais seja atingida individualmente via injuncional não faz sentido.

A regulamentação pertinente à ação de inconstitucionalidade por omissão é o limite da interpretação quanto aos efeitos da decisão do mandado de injunção. Entender de modo diverso é ir contra o disposto na Constituição. Se fosse o caso de se mitigar o princípio da separação de poderes, haveria previsão expressa nesse sentido, tal como ocorre com os demais mecanismos de freios e contrapesos.

Nesse ponto, reside o cerne da viragem jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. O entendimento antigo, materializado na visão do ministro Moreira Alves apresentado no voto do MI 107QO/DF, pregava a prevalência do princípio da separação de poderes em detrimento da eficácia constitucional. O novo posicionamento da Corte, expresso no MI 721/DF, inverte os valores, de modo a dar primazia à efetividade constitucional.

O Mandado de Injunção 107/DF tem por objeto o direito à estabilidade dos servidores públicos, que o impetrante pretendia ver estendido aos militares. O relator do processo, ministro Moreira Alves, suscitou Questão de Ordem, da qual também deteve a relatoria. Em seu voto, fez uma leitura sistemática dos dispositivos

constitucionais referentes ao *writ* para lhe traçar o perfil e concluir com a decisão do caso.

Em primeiro lugar, determinou ser o caso de norma auto-aplicável, ou seja, é possível sua interposição ainda que não exista norma regulamentadora do mandado de injunção. Fixou também a natureza jurídica mandamental e observou a atribuição de competência aos órgãos correspondentes ao foro da autoridade responsável pela omissão, do que se pode extrair sua participação no processo.

Opôs-se à corrente concretista em suas vertentes, individual e geral. Quanto ao concretismo individual, argumenta o ministro que a decisão com efeitos *inter partes* deixaria de fora do âmbito do mandado de injunção boa parte dos direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania, eminentemente coletivos.

O concretismo geral é atacado por levar à interpretação absurda de permitir que se atinja, via mandado de injunção, aquilo que a própria Constituição veda em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a regulamentação provisória da matéria. O absurdo se manifestaria por meio do indeferimento à associação e ao deferimento ao associado de tal regramento.

Ressalta, ainda, que, sendo a ação direta pertinente ao interesse público, é mais ampla e seus efeitos devem ser mais abrangentes que os do mandado de injunção. Nunca o contrário. Entende, portanto, a corrente não-concretista como a única compatível com o sistema constitucional vigente, por não apresentar obstáculos em relação aos princípios e regras consagradas na Lei Maior.

Faz a única ressalva, quanto a esse posicionamento não-concretista, de existir a possibilidade de ineficácia das decisões proferidas em mandado de injunção. A declaração da existência de omissão com a simples ciência do Poder omisso pode não gerar efeito algum. O ministro sustenta, entretanto, que essa foi a solução adota, por critério político, pelo legislador constituinte.

O Mandado de Injunção 721/DF versa sobre o direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, em que a impetrante requer sua concessão tendo em vista o preenchimento dos requisitos do regime geral. O relator, ministro Marco Aurélio, começa seu voto fixando a natureza jurídica mandamental, e não meramente declaratória, do *writ*. Essa natureza jurídica permitiria a regulamentação provisória da matéria pelo julgador.

Faz, a exemplo do voto do ministro Moreira Alves, uma leitura sistemática dos dispositivos constitucionais pertinentes ao mandado de injunção. Entende que a atribuição de competência para o julgamento do *writ* consiste em mitigação da separação de poderes. Importa, na visão do relator, em exercício de função cometida ao Supremo Tribunal Federal pela própria Constituição.

O ministro Eros Grau distingue a função normativa da legislativa, sendo a primeira parte do rol de atribuições do Poder Judiciário e a segunda a típica do Poder Legislativo. Insere a regulamentação provisória do caso proposto via mandado de injunção dentro do contexto de freios e contrapesos. Ressalta ser a separação de poderes apenas a prevista na Constituição.

Todos os ministros atuantes no julgamento do Mandado de Injunção 721/DF destacam a preocupação com a eficácia do *writ*. Com base na supremacia da Constituição, não admitem que direitos assegurados em seu texto restem desrespeitados pela inércia estatal. Enxergam no mandado de injunção um meio apto à realização desses direitos.

Do cotejo entre os dois julgados, percebe-se que a viragem jurisprudencial não logrou justificar o posicionamento concretista frente ao princípio da separação de poderes. Se esse princípio só existe dentro das previsões constitucionais e se os exemplos de sua mitigação constam de artigos da Lei Maior, para que o Judiciário pudesse regulamentar provisoriamente a matéria seria necessária previsão expressa nesse sentido.

A competência da Corte deve ser aquela estabelecida pela Constituição e não a fixada pelo próprio Supremo em sua jurisprudência. A falta de legitimidade democrática para esse tipo de tomada de decisões, bem como a inaptidão do órgão de cúpula do Poder Judiciário para debater a edição de regramentos, obstaculiza o entendimento concretista.

A falta de efetividade é, mais que argumento, fato verificado na prática. A questão se insere, entretanto, no âmbito do poder de decisão política do legislador constituinte. Como ressaltado no voto do ministro Sepúlveda Pertence, constava da redação original esse poder ao julgador. A supressão dessa disposição leva à interpretação de que o constituinte se contentou com a simples ciência ao Poder omissor.

O problema da falta de efetividade dos provimentos em mandado de injunção se torna, nesse paradigma, um problema institucional, em que os

representantes eleitos democraticamente pelo povo não conseguem dar vazão aos anseios sociais no exercício de suas funções. O risco de agigantamento do Poder Judiciário por meio da assunção, cada vez maior, de atribuições políticas aos magistrados se configura na impossibilidade de controle das decisões judiciais.

Esperar do Poder Judiciário um palco para o debate e solução das questões sociais carentes de políticas públicas não só é impraticável, como é ilusório. O excessivo volume de processos, referentes à função típica desse Poder, sinaliza o primeiro obstáculo ao implemento da solução concretista. Se não há solução satisfatória dos casos tipicamente judiciais, como se esperar que isso se dê em relação às atribuições dos demais Poderes?

A questão reside, na verdade, na falta de mecanismos de coerção indireta ao cumprimento da decisão mandamental via injunção. A impossibilidade de se dar um voto de confiança às instituições, como ficou demonstrado pelos julgamentos antigos, impõe que se encontre outra solução. O ideal seria que houvesse algum meio apto a provocar a atividade regulamentadora por parte do Estado, sem ofensa ao princípio da separação de poderes. Nesse sentido, deve-se buscar a solução para a problemática abordada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Arnaldo Camanho de. Liminares no mandado de injunção. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564.

BALDI, Willian Meneses. O mandado de injunção analisado por meio da sistemática constitucional e suas implicações no ordenamento jurídico. *Cadernos de Iniciação Científica*. São Bernardo do Campo: FDSBC, n. 2, p. 131-140, jan./dez. 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Publicada no DOU de 05.10.1988.

BRASIL. DECRETO-LEI N. 4.657, de 04 de setembro de 1942. *Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro*. Publicação no DOU de 09.09.1942, retificação no DOU de 08.10.1942 e no DOU de 17.06.1943.

BRASIL. LEI N. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Publicada no DOU de 17.01.1973.

BRASIL. Lei N. 8.038, de 28 de maio de 1990. *Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal*. Publicada na DOU de 29.08.90.

BRASIL. LEI N. 9.868, de 20 de novembro de 1999. *Dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. Publicada no DOU de 11.11.1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2006, pp. 00011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 23.11.1989. Publicação DJ 21.09.1990, pp. 09782.

CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. Mandado de injunção e hermenêutica constitucional. *Espaço jurídico*. Joaçaba: Editora Unoesc, v. 7, n. 1, p. 65-76, jan./jun. 2006.

DEMO, Roberto Luis Luchi. As “medidas provisórias” do Poder Judiciário. *AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, v. 35, n. 105, p. 319-326, mar. 2007.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira; RIBEIRO, Fernando José Armando. Aplicabilidade do mandado de injunção como viabilizador do exercício do direito social ao lazer. *De jure*. Belo Horizonte: MO-MG, n. 11, p. 415-445, jul./dez. 2008.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O direito de greve dos servidores públicos após o julgamento dos mandados de injunção nºs 670, 708 e 712 pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista IOB trabalhista e previdenciária*. Porto Alegre: Síntese, v. 20, n. 231, p. 83-100, set. 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: RT, 1991.

GOMES, Rodrigo Carneiro. O tribunal constitucional e seus elementos, diante da separação de poderes. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 71, p. 261-292, abr./jun. 2010.

HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HENRIQUES, Cristina Giudice Batista. A nova interpretação do mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista CEJ*. Brasília: CEJ, v. 14, n. 48, p. 14-25, jan./mar. 2010.

LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. O novo papel do Judiciário e a teoria da separação de poderes. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, n. 184, p. 163-194, jun. 2010.

LESSA, Luiz Fernando Voss Chagas. *A internalização dos tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição de 1988*. 2004. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

LIMA, Fábio Quintas. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 5, n. 20, p. 82-102, mar./abr. 2008.

MACEDO, Elaine Harzheim. O meio ambiente e a efetividade da tutela judicial em sede de mandado de injunção e de outras ações constitucionais. *AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, v. 32, n. 97, p. 69-86, mar. 2007.

MACIEL, Marcela Albuquerque. O Supremo Tribunal Federal e a omissão inconstitucional: a tarefa realizadora da Constituição e o mandado de injunção. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, v. 6, n. 60, p. 6827-6832, fev. 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A separação de poderes no Brasil*. Brasília: PrND – Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985.

MAUS, Ingeborg. *Separação dos poderes e função judiciária. Uma perspectiva democrática*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (falsos) dogmas. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: IBAP e APRODAB, v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006.

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Ações Constitucionais*. 4. Ed. Salvador: JUSPODIVM, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar. Mandado de injunção. *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: IDP, v. 1, n. 1, p. 5-23, jul.-set./2005.

MENDES, Gilmar. Mandado de injunção. *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 19, p. 126-148, jan./fev. 2008.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O novo aproveitamento do mandado de injunção. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, n. 60, p.82-93, jul.-set./2007.

RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Mandado de injunção: autêntico remédio constitucional à condição de “sino sem badalo”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 131, p. 117-123, jan. 2006.

SCHÄFER, Gilberto. A possibilidade de utilizar o mandado de injunção para a fixação de subsídios previstos constitucionalmente. *AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, v. 34, n. 106, p. 57-64, jun. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Mandado de injunção. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, n. 15, p. 291-310, jan./jun. 2005.

SOUZA, Luciane Moessa de. Efeitos da decisão no mandado de injunção: cotejo com a ação civil pública e a ação popular. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 16, n. 65, p. 160-178, out./dez. 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez, v. 9, n. 43, p. 97-116, maio/jun. 2007.

VILAR FILHO, José Eduardo de Melo. Mandado de injunção: seus contornos e o entendimento do STF. *Diálogo Jurídico*. Fortaleza: Faculdade Farias Brito, v. 2, n. 2, p. 87-96, jan./dez. 2003.

WIEDEMANN NETO, Ney. Mandado de injunção. *AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, v. 33, n. 104, p. 201-215, dez. 2006.