



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
MARÍLIA COSTA BARBOSA

**MANDADO DE INJUNÇÃO: INSTRUMENTO
CONCRETIZADOR DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS**

FORTALEZA – CEARÁ

2007

341.2744
B228m
(5429)
T607

Marília Costa Barbosa

Mandado de Injunção: instrumento concretizador de direitos constitucionais

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará em convênio com a Escola Superior do Ministério Público do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional.

Orientadora: Prof^a. Ms. Maria Alessandra Brasileiro de Oliveira.

Fortaleza – Ceará

2007



Universidade Estadual do Ceará - UECE

Centro de Estudos Sociais Aplicados – *CESA*

Coordenação do Programa de Pós-Graduação – *Lato Sensu*

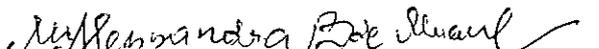
COMISSÃO JULGADORA

JULGAMENTO

A Comissão Julgadora, Instituída de acordo com os artigos 24 a 25 do Regulamento dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Ceará / UECE aprovada pela Resolução e Portarias a seguir mencionadas do Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA/UECE, após análise e discussão da Monografia Submetida, resolve considerá-la **SATISFATÓRIA** para todos os efeitos legais:

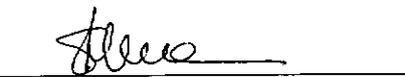
Aluno (a): Marília Costa Barbosa
Monografia: Mandado de Injunção: Instrumento Concretizador de Direitos Constitucionais
Curso: Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional
Resolução: 2516/2002 – CEPE, 27 de dezembro de 2002
Portaria: 54/2007
Data de Defesa: 28/6/2007

Fortaleza (Ce), 28 de junho de 2007



Maria Alessandra Brasileiro de Oliveira

Orientadora/Presidente/Mestre



Silvia Lúcia Correia Lima

Membro/ Mestre



Oscar d'Alva e Souza Filho

Membro/ Livre Docente

AGRADECIMENTOS

A Deus, por iluminar meus caminhos e minha mente, permitindo minha chegada a mais esta conquista.

Aos meus pais Lígia e Leonardo, que sempre me incentivaram e deram todo o suporte necessário para que eu pudesse alcançar mais este objetivo.

Ao meu noivo Andrett, com quem sempre pude contar, estando ao meu lado como um grande companheiro nesta etapa da minha vida.

Ao meu irmão Daniel, por seu valiosíssimo apoio e disponibilidade.

Às amigas Débora e Mirta, parceiras nos trabalhos e na superação das dificuldades surgidas ao longo desta produção monográfica.

À professora Maria Alessandra Brasileiro de Oliveira, por sua sábia orientação no desenvolvimento deste trabalho.

A Universidade Estadual do Ceará, onde defendi esta Monografia.

RESUMO

O presente trabalho monográfico analisa o Mandado de Injunção, buscando ressaltar seu papel concretizador de direitos constitucionais. Inicialmente, fez-se uma abordagem sobre os direitos que podem ser objeto do *writ*, para verificar se este instrumento se apresenta importante dentro da conjuntura do Processo Constitucional. Observou-se que existem muitos direitos constitucionais, incluídos até mesmo entre os fundamentais, que demandam provimento judicial em Mandado de Injunção para serem efetivados. Visando a combater a inconstitucionalidade por omissão, este instrumento procura remediar a inércia dos Poderes Públicos em regulamentar normas constitucionais de eficácia limitada, ao lado da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. Entretanto, os dois institutos apresentam características e efeitos diferentes, prestando-se o Mandado de Injunção a determinar condições de fruição de direito subjetivo do impetrante e não apenas a resguardar a integridade da Constituição. Por ser esta a sua finalidade constitucional, foi averiguado, através de uma pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial, que seus efeitos devem ser constitutivos, imediatos e *inter parts*, ficando criados por sentença judicial os parâmetros necessários ao exercício do direito. Embora a opinião majoritária do Supremo Tribunal Federal não seja nesse sentido, por arguir ofensa à Separação dos Poderes, a interpretação atual deste princípio demonstra que não há qualquer entrave ao acolhimento da decisão concretista *inter parts* e imediata de forma ampla, sendo esta a que melhor realiza as potencialidades do *writ* e o propósito constitucional para o qual foi criado.

Palavras-chave: Mandado de injunção; Direitos constitucionais; Processo Constitucional; Separação dos Poderes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 DIREITOS PASSÍVEIS DE TUTELA PELO MANDADO DE INJUNÇÃO	11
1.1 Classificação das normas constitucionais quanto à aplicabilidade	11
1.2 Dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania	15
1.3 Os direitos fundamentais como objeto do Mandado de Injunção	18
2 INCONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO REGULAMENTADORA	22
2.1 Principais diferenças entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção	26
3 EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA EM MANDADO DE INJUNÇÃO	37
4 O PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES E A DECISÃO CONCRETISTA <i>INTER PARTS</i> E IMEDIATA EM MANDADO DE INJUNÇÃO	50
4.1 Evolução e análise do princípio de separação dos poderes do Estado	51
4.2 A decisão concretista <i>inter parts</i> e imediata frente ao atual sentido do princípio de separação dos poderes	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS	67

Observa-se grande discussão na doutrina sobre os efeitos do Mandado de Injunção, embora o posicionamento que mais garanta adeptos seja aquele que defende a mais ampla efetividade do *writ*, primando para que o instrumento processual analisado possa produzir efeitos constitutivos, com o próprio Poder Judiciário criando as condições viabilizadoras do exercício do direito dependente de regulamentação, para o autor da ação.

Em contrapartida, nota-se timidez do Poder Judiciário na interpretação da finalidade e alcance do Mandado de Injunção, dando-lhe, na maioria das vezes, efeitos meramente declaratórios da omissão legislativa, idênticos aos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, sob o argumento de que os efeitos constitutivos da decisão injuncional dados por sentença contrariariam o Princípio de Separação dos Poderes.

Mas, estudos e pesquisas particulares, desenvolvidos durante trabalhos investigativos sobre a matéria, demonstraram que avanços jurisprudenciais têm sido freqüentemente presenciados quanto à questão da efetividade do remédio constitucional em destaque, principalmente quando se analisa o Princípio de Separação dos Poderes à luz da Teoria dos freios e contrapesos e do bom desempenho das funções estatais em prol dos indivíduos.

O objetivo geral do estudo científico desenvolvido consiste em avaliar as potencialidades do Mandado de Injunção para garantir a eficácia completa de direitos constitucionais dependentes de regulamentação, especialmente quando se tratam de direitos fundamentais.

Já os objetivos específicos direcionam-se a: verificar a existência de direitos constitucionais inefetivos por força da omissão regulamentadora do Poder Público, ressaltando a importância do Mandado de Injunção como remédio constitucional direcionado a combater a inércia legislativa; Identificar os efeitos

apontados para a decisão que julga procedente o Mandado de Injunção, indicando qual deles seria o mais coerente com o papel que a Carta Magna determinou para o *writ*. Investigar se o Poder Judiciário pode, majoritariamente, adotar em suas decisões um posicionamento que garanta maior eficácia ao instrumento, tendo em vista a interpretação que o Princípio de Separação dos Poderes possui na atualidade.

A metodologia utilizada na produção desta monografia caracteriza-se como um estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, onde se buscou subsídios em livros, publicações especializadas, artigos e dados oficiais publicados na Internet, que abordavam o tema.

Desenvolveu-se também a pesquisa pura, segundo a utilização dos resultados, pois seu único fim foi a ampliação dos conhecimentos.

Segundo a abordagem, a pesquisa efetivada foi qualitativa, já que se aprofundou mais na compreensão das ações e relações humanas e nas condições e freqüências de determinadas situações sociais.

E, segundo os objetivos, a pesquisa desenvolvida foi exploratória, buscando aprimorar idéias e adquirir maiores informações sobre o tema em foco, que pudessem servir de base para uma conclusão bem alicerçada sobre os principais pontos controvertidos que permeiam a eficiência do Mandado de Injunção.

1 DIREITOS PASSÍVEIS DE TUTELA PELO MANDADO DE INJUNÇÃO

A previsão constitucional do Mandado de Injunção, no Art. 5º, inciso LXXI, preleciona que este instrumento processual deverá ser concedido para viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, dependentes de regulamentação para sua fruição:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 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. (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 2007).

Dessa forma, somente poderão ser objeto do Mandado de Injunção os direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais que não produzem todos os seus efeitos essenciais com a sua simples entrada em vigor, pois dependem de regulamentação infraconstitucional para surtirem efeitos completos, ou seja, aqueles que não possuem aplicabilidade imediata.

Nesse sentido, para que se possa melhor identificar tais direitos, faz-se necessário abordar a classificação doutrinária das normas constitucionais, no plano da aplicabilidade.

1.1 Classificação das normas constitucionais quanto à aplicabilidade

A aplicabilidade de uma norma constitucional designa a possibilidade desta norma vir a produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, podendo ser utilizada para regular as situações nela indicadas.

SILVA (1992: 55-56), identifica a aplicabilidade de uma norma constitucional com a sua eficácia jurídica, pois, segundo seus estudos, a eficácia de uma norma constitucional tanto pode ser social, como pode ser jurídica:

*A eficácia social designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada; neste sentido, a eficácia da norma diz respeito, como diz Kelsen, ao *fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos*. A eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; neste sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. (grifo do autor).*

Foi esse jurista brasileiro que, em sua obra *Aplicabilidade das normas constitucionais*, apresentou uma classificação das normas presentes no texto constitucional quanto à eficácia jurídica, que serviu de base para a maior parte da doutrina.

Segundo SILVA (1992), quanto à aplicabilidade, as normas constitucionais podem ser: de eficácia plena; de eficácia contida; e de eficácia limitada.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que, desde a sua entrada em vigor, contêm todos os elementos necessários para produzirem todos os seus efeitos, prescindindo de normatização posterior, podendo os titulares dos direitos por ela enunciados, desde logo, exigir a satisfação do seu comando.

Por sua vez, as normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que, apesar de possuírem todos os elementos necessários para surtirem efeitos em plenitude sobre a matéria que regulam, podem ter seu âmbito de atuação posteriormente restringido por lei.

Já as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que, com a sua simples entrada em vigor, não produzem todos os seus efeitos essenciais, dependendo, para isso, de uma regulamentação ulterior que as faça incidir inteiramente sobre a matéria que versam. Nestas normas, o legislador constituinte estabeleceu um direito, mas determinou caber ao legislador ordinário a criação das condições de fruição deste direito pelos seus titulares.

Tais normas podem, ainda, ser subdivididas em dois grupos: as de princípio institutivo, que traçam esquemas gerais de estruturação de órgãos e institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei; e as de princípio programático, que se limitam a traçar princípios a serem cumpridos pelos órgãos do Estado (legislativos, executivos e jurisdicionais), como programas de suas respectivas atividades, a serem implementados por meio de lei.

É preciso deixar claro que os únicos efeitos não produzidos por essa espécie de normas são aqueles ligados à possibilidade do seu beneficiário vir a usufruir imediatamente da situação jurídica subjetiva por ela outorgada, não estando desprovidas da capacidade de servir como parâmetro para auferir-se a constitucionalidade das leis e atos normativos, nem de servir como padrão hermenêutico de interpretação, vinculando a atuação do Poder Público. SILVA (1992: 71-72) reforça este entendimento:

[...] não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre numa inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da Constituição a que aderem, e na ordenação da nova ordem instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte, enquanto não se emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.

Vários outros doutrinadores e estudiosos do Direito Constitucional propuseram suas próprias classificações das normas constitucionais, quanto à aplicabilidade, mas sempre guardando uma certa conformidade com a classificação

apresentada por SILVA (1992). Dentre estes, podem ser destacados DINIZ e BASTOS (1992) juntamente com BRITTO (1982).

DINIZ (1992) apresenta uma classificação quadripartida, indicando uma nova categoria de normas: as normas constitucionais com eficácia absoluta, que seriam as cláusulas pétreas, intangíveis e imunes à atuação poder constituinte derivado. As demais categorias seguem o modelo já analisado: normas com eficácia plena; normas com eficácia relativa restringível, que seriam as de eficácia contida; e normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação, que seriam as de eficácia limitada.

Já BASTOS e BRITTO (1982) estabeleceram a seguinte distinção: entre normas de aplicação, que seriam as auto-aplicáveis, e normas de integração, que remetem a uma regulamentação posterior, onde estariam enquadradas as normas restringíveis (de eficácia contida) e as normas complementáveis (de eficácia limitada).

Poderiam ser destacadas inúmeras classificações doutrinárias das normas constitucionais quanto à aplicabilidade, mas o que interessa para o tema em questão é saber que todos os autores que abordam o assunto concordam, indubitavelmente, que existem normas, no texto constitucional, que demandam uma atuação regulamentadora do Poder Público, para que o direito nelas previsto possa ser exercitado. São as normas constitucionais de eficácia limitada, na definição de SILVA (1992); de eficácia relativa complementável, no dizer de DINIZ (1992); ou de integração complementáveis, nas concepções de BASTOS e BRITTO (1982).

As normas constitucionais incluídas nessa categoria constituem o objeto do Mandado de Injunção, pois quando o Poder estatal competente não as regulamenta, deixando de criar as condições necessárias ao gozo do direito nelas

previsto, o instrumento remediador que a Constituição indica é o Mandado de Injunção.

Vale lembrar que, uma vez regulamentada a norma constitucional de eficácia limitada, esta passará a ser dotada de eficácia plena, não mais podendo o desrespeito ao seu comando ser tutelado pela via do Mandado de Injunção. MORAES (2005 b: 155) complementa a assertiva, dizendo que:

Não caberá, portanto, mandado de injunção para, sob a alegação de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional, pretender-se a alteração de lei ou ato normativo já existente, supostamente incompatível com a Constituição ou para exigir-se uma certa interpretação à aplicação da legislação infra-constitucional, ou ainda para pleitear uma aplicação 'mais justa' da lei existente.

O dispositivo da Lei Maior, que prevê o Mandado de Injunção, menciona que os direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando contidos em normas de aplicabilidade limitada e não colmatados, estariam amparados pelo *writ*.

Oportuno se faz agora determinar a amplitude das expressões "direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania", a fim de que os direitos tutelados pelo Mandado de Injunção sejam identificados quanto ao seu conteúdo.

1.2 Dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania

O conteúdo dos direitos tuteláveis pelo Mandado de Injunção gerou opiniões e posicionamentos diversos na doutrina, alguns bastante restritivos do âmbito de incidência do remédio constitucional, outros já ampliativos demais.

Alguns autores, como FERREIRA FILHO (1995), entendem que somente seriam garantidos pelo *writ* os direitos, liberdades e prerrogativas diretamente vinculados à nacionalidade (contidos no Art. 5º, e no Capítulo III do Título II da Constituição), à soberania popular e ao *status* de cidadão (contidos no Capítulo IV do Título II da Constituição). Assim, as demais disposições constitucionais, como os direitos sociais, estariam desprovidas do amparo injuncional.

Entretanto, o referido posicionamento prescinde de uma análise mais detalhada e lógica do texto constitucional, pois quando o inciso LXXI, do Art. 5º, menciona os direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quer retratar como objeto do Mandado de Injunção dois grupos de direitos: todos os direitos e liberdades presentes no texto constitucional que dependam de regulamentação; bem como as prerrogativas que dizem respeito, especificamente, à nacionalidade, à soberania e à cidadania, dependentes de norma regulamentadora. Essa é a opinião manifestada por aqueles que, mais recentemente, vêm se detendo à análise pormenorizada do instituto:

Ocorre que existe a conjunção 'e' entre as expressões direitos e liberdades constitucionais e a expressão prerrogativas. Assim, o referido vocábulo aditivo somente acrescentou uma terceira espécie de norma aos direitos e liberdades constitucionais, sem restringir o alcance do mandado de injunção. Dessa maneira, somente as prerrogativas possuem seu campo limitado à nacionalidade, cidadania e soberania. (PFEIFFER, 1999: 58).

Outros juristas, como MOREIRA (1989) e VELLOSO (1991), dão sentido bastante ampliativo ao objeto do Mandado de Injunção. Para eles, seriam objeto do *writ* todos os direitos e liberdades com fundamento na Constituição, assim como as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania, ainda que não diretamente contempladas no texto constitucional, podendo estar dispostas em normas de nível hierárquico inferior.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal procurou definir a questão, no julgamento do Mandado de Injunção nº 107 – DF, adotando o entendimento de que basta o assento constitucional do direito, estabelecido em norma de eficácia limitada

cujo exercício se encontre inviabilizado pela ausência de regulamentação, para a admissibilidade do *writ*. Nesse sentido, destaca-se o pronunciamento do Ministro Moreira Alves proferido no citado julgamento, que consta da Revista Trimestral de Jurisprudência nº 133 (1990: 29-30):

[...] não há razão suficiente para restringir os termos literais do inciso LXXI do art. 5º da Constituição - 'direitos e liberdades constitucionais' -, certo como é que a mesma razão que justifica a concessão do mandado de injunção aos direitos e garantias previstos nesse art. 5º existe em relação aos outros direitos e garantias constitucionais (inclusive os sociais), cujo exercício seja inviabilizado pela falta de norma regulamentadora.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, fixou também a interpretação de que não cabe o uso do Mandado de Injunção para tornar plenos os efeitos de direitos ou prerrogativas previstos em lei:

Não cabe mandado de injunção, ut art. 5º, LXXI, da Lei Maior de 1988, em se cuidando de falta de norma regulamentadora a tornar viável o exercício de direitos previstos em lei complementar. A via processual pode ser utilizada, em princípio, somente quando 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. (MI nº 296-7, JSTF-LEX v. 163: 87-99).

Conforme anteriormente demonstrado, o Mandado de Injunção se apresenta como um importante instrumento criado pelo legislador constituinte para salvaguardar a eficácia jurídica de direitos constitucionais, estando incluídos nessa esfera os direitos e garantias fundamentais.

Tal fato valoriza ainda mais o papel atribuído ao Mandado de Injunção pela Constituição Federal, tendo em vista a magnitude e indispensabilidade que os direitos fundamentais alcançaram dentro do ordenamento constitucional, não havendo justificativas suficientes para que a omissão regulamentadora do Poder Público torne seu exercício inviável.

1.3 Os direitos fundamentais como objeto do Mandado de Injunção

Os direitos fundamentais foram estabelecidos para designar situações jurídicas, objetivas e subjetivas, condizentes com a dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana, dentro do ordenamento constitucional positivo.

Ressaltando a importância de tais direitos, SILVA (2006: 178-179) afirma que:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. [...] A Constituição, ao adotá-los na abrangência com que o fez, traduziu um desdobramento necessário da concepção de Estado acolhida no art. 1º: Estado Democrático de Direito. (grifos do autor).

A intenção do Poder Constituinte Originário, em dedicar relevo aos direitos e garantias fundamentais na atual Constituição, não esteve voltada apenas a uma mera enunciação formal de princípios, mas para uma positivação plena de direitos, com base nos quais se poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário.

A proteção judicial se mostra importante para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos fundamentais pelas autoridades públicas, principalmente. E este respeito representa "a pilastra mestra na construção de um verdadeiro Estado de direito democrático" (MORAES, 2005 a: 167).

Embora a Constituição Federal de 1988 determine, em seu Art. 5º, parágrafo primeiro, que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais

têm aplicação imediata”, esta simples declaração presente no texto constitucional, em norma-síntese, por si só, não seria suficiente, se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente, como o Mandado de Injunção. Assim, o Mandado de Injunção “revela-se, neste quadrante, como um instrumento da realização prática da disposição do art. 5º, § 1º” (SILVA, 2006: 448).

Vale citar o balizado comentário de MORAES (2005 b: 27) sobre a eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais, que a seu ver:

São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição, cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais. Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente (exemplo: mandado de injunção e iniciativa popular).

A Constituição Federal de 1988 dedicou seu Título II aos direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; da nacionalidade; direitos políticos e dos partidos políticos, que representam as espécies do gênero direitos e garantias fundamentais.

Qualquer direito inserido dentre os fundamentais pode ser objeto do Mandado de Injunção, desde esteja contido em norma de eficácia limitada e esteja dependendo de uma regulamentação infraconstitucional para que o seu titular possa dele usufruir.

Entretanto, é preciso destacar que as liberdades constitucionais, comumente inseridas entre os direitos individuais, dificilmente dependerão do Mandado de Injunção, posto que são previstas em normas constitucionais de aplicabilidade imediata, incidindo diretamente, com algumas raras exceções:

[...] de notar que as liberdades são previstas em normas constitucionais comumente de aplicabilidade imediata, independentemente de regulamentação; vale dizer, incidem diretamente; de modo que raramente ocorrerá oportunidade de mandado de injunção nessa matéria, mas há situações como a do art. 5º, VI, em que a liberdade de cultos religiosos ficou dependente, em certo aspecto, de lei regulamentadora, quando diz: 'garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias'. (SILVA, 2006: 448-449).

Da mesma forma, as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, que se encontram dispostas entre os direitos fundamentais nos artigos 12 e 14 da Lei Maior, não demandam muitas hipóteses de ocorrência do Mandado de Injunção. SILVA (2006: 449) explica muito bem a razão de tal afirmação:

É que as questões de nacionalidade praticamente se esgotam nas prescrições constitucionais que já a definem de modo eficaz no art. 12; apenas a naturalização depende de lei, mas esta [...] já existe, portanto é matéria regulamentada, que, por isso mesmo, não dá azo ao mandado de injunção; as prerrogativas da soberania popular e da cidadania se desdobram mediante lei, mas estas já existem, embora devam sofrer profunda revisão [...]

Contudo, a principal categoria de direitos e garantias fundamentais, que demanda uma atuação regulamentadora do Poder Público, para poder dispor de eficácia completa, é a dos direitos sociais.

Ao contrário do que se dá com os direitos subjetivos individuais, os direitos sociais não buscam a conservação de uma situação de fato existente, não demandam a exclusão de outrem (Estado ou particular) de uma esfera de interesse já consolidada e protegida, mas prevêm situações que precisam ser criadas. (PFEIFFER, 1999: 54).

Em vista disso, surgem dificuldades na implementação de tais direitos, tanto de ordem fática, como a falta de vontade política, como de ordem técnica, pois muitas vezes são previstos em normas constitucionais de eficácia limitada, conforme preceitua BONAVIDES (1994: 306):

Direitos sociais concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, à previdência, representavam uma estupenda novidade, um campo por inteiro distinto, desconhecido ao Direito Constitucional clássico. Mas dificilmente as declarações que os inseriam se prestavam a uma relação jurídica fácil, de modo a fazê-los ingressar no corpo da Constituição dotados já de aplicabilidade direta e imediata.

São, portanto, os direitos sociais que, dentre os direitos fundamentais, demandam maiores situações de cabimento do Mandado de Injunção, quando seus titulares se acham impossibilitados de auferir as vantagens por eles albergadas, devido a falta de regulamentação.

As peculiaridades desse tipo de direitos fundamentais exigem uma atenção especial por parte dos Poderes do Estado, que devem seguir os ditames constitucionais implementando de forma eficiente as condições para sua fruição, dada a sua relevância.

A falta de regulamentação, por parte do Poder Público competente, das normas constitucionais que demandam tal atuação é tão grave, que se caracteriza como inconstitucionalidade por omissão, dispondo a Constituição de dois remédios para combater esta inércia: o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, podendo o primeiro ter efeitos práticos mais eficazes que o segundo.

2 INCONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO REGULAMENTADORA

A vigente Constituição Federal brasileira apresenta como características, dentre outras, a rigidez e a supremacia. Tais características estão intimamente relacionadas, e justificam a existência de mecanismos de controle da compatibilidade entre os atos praticados pelos três Poderes estatais e a Lei Maior.

Por rigidez constitucional, deve-se entender a existência de uma maior dificuldade de alteração do texto da Carta Magna, existindo procedimentos específicos, mais solenes e elaborados do que aqueles previstos para a alteração das demais normas jurídicas do ordenamento. Como consequência, o conteúdo das normas previstas em uma Constituição rígida jamais poderá ser modificado por preceitos de escalão inferior (leis ou atos normativos), devendo o ordenamento jurídico interno ser inteiramente conforme as regras constitucionais.

O fato de uma Constituição ser rígida faz com que ela seja colocada no ápice do sistema jurídico do Estado, ao qual confere validade e legitimidade, na medida em que as normas desse sistema venham a ela se adequar. Essa superioridade constitucional é a própria manifestação do princípio da supremacia da Constituição, pois, conforme explica FERREIRA FILHO (1995: 18), a "Constituição rígida é a lei suprema. É ela a base da ordem jurídica e a fonte de sua validade. Por isso, todas as leis a ela se subordinam e nenhuma pode contra ela dispor".

A rigidez e a supremacia, como traços marcantes da Constituição brasileira, fazem com esta não seja encarada como "um simples documento de exortação a 'bons modos', um mero enunciado de conselhos ou opiniões, mas um conjunto de normas que devem ser obedecidas pelos seus destinatários" (PFEIFFER, 1999: 62).

Dessa forma, as normas de uma Constituição rígida e suprema se impõem a todos os Poderes constituídos, vinculando os atos por estes praticados, reconhecendo ao Poder Executivo o poder-dever de implementar os comandos constitucionais, dentro dos limites e na direção que a Constituição aponta; determinando ao Legislativo o poder-dever de editar leis seguindo os seus preceitos e de regulamentar as normas constitucionais despidas de eficácia plena; determinando, por sua vez, ao Poder Judiciário o poder-dever de interpretar leis e atos no sentido mais concordante com a Constituição e de zelar pelo respeito e supremacia desta, exercendo o controle de constitucionalidade dos atos e omissões dos Poderes Públicos.

Infere-se, portanto, que o descumprimento dos deveres impostos pela Constituição aos três Poderes da União, fazendo surgir situações de contrariedade, vem a se configurar como inconstitucionalidade. Entretanto, cabe aqui a ponderação de BASTOS (1992: 320-321), quando afirma que:

[...] não é toda desconformidade com a Constituição que gera a inconstitucionalidade. [...] A inconstitucionalidade é própria dos órgãos do Poder Político. E, ainda assim, só quando estes estejam atuando regulados direta e imediatamente por normas constitucionais. A inconstitucionalidade nutre estreita semelhança com a ilegalidade. Em ambas a hipóteses, está-se a apontar para a existência de um vício formal ou material que vitima o ato subordinado. O que distingue uma da outra é a qualidade do ato imediatamente ofendido. Se se tratar da Constituição, temos a inconstitucionalidade. Se se tratar da lei, temos a ilegalidade.

Não é somente por meio de comportamentos comissivos que se pratica uma inconstitucionalidade. A inércia dos Poderes Públicos em cumprir os ditames da Constituição também pode ser acoimada de inconstitucional. Enquanto a inconstitucionalidade por ação caracteriza-se por ser positiva, a por omissão "é a negativa, isto é, resulta de um comportamento que nada obstante exigido ou requerido pela Constituição, faz-se ausente" (VELLOSO, 1994: 20).

MOREIRA e CANOTILHO (1991:263) enfatizam esse aspecto:

O princípio da constitucionalidade não diz respeito apenas às ações do Estado; abrange também as omissões ou inações do Estado. A Constituição não é somente um conjunto de normas proibitivas e de normas

de organização e competência (limite negativo da actividade do Estado): é também um conjunto de normas positivas que exigem do Estado e dos seus órgãos uma actividade, uma acção (limite positivo da actividade do Estado). O incumprimento dessas normas, por inércia do Estado, ou seja, por falta total de medidas (legislativas e outras), ou pela sua insuficiência, deficiência ou inadequação, traduz-se igualmente numa infracção da Constituição: inconstitucionalidade por omissão.

Contudo, a inconstitucionalidade da omissão regulamentadora não se apresenta no momento imediatamente posterior à promulgação da Constituição, sendo necessário o decurso de um lapso temporal razoável, que já tenha tomado possível aos órgãos competentes a regulamentação das normas de eficácia limitada.

Quando a própria norma constitucional de eficácia limitada já prevê, expressamente, o prazo para a edição de sua regulamentação, a inconstitucionalidade surge a partir do escoamento do período fixado. Mas, nas hipóteses em que a norma não estipula expressamente o prazo necessário para a sua regulamentação, torna-se essencial a utilização de um juízo de razoabilidade, onde se analisará o caso concreto. Nesse sentido, vale destacar o comentário de MIRANDA (1988: 406):

O juízo de inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo em que deveria ser produzida a lei: nenhuma omissão pode ser descrita em abstrato, mas somente em concreto, balizada entre determinados factos, estes de sinal positivo. A ausência ou a insuficiência da norma legal não pode ser separada de determinado tempo histórico, assinalado pela necessidade de produção legislativa, e cuja duração, maior ou menor, ou será prefixada – muito raramente – pela própria Constituição, ou depende da natureza das coisas, ou seja, da natureza da norma constitucional não exequível por si mesma confrontada com a situação da vida que esteja a verificar-se à sua margem (inclusive, a situação que, à sua margem, esteja por acção, o legislador ordinário a criar).

Enquanto não se configurar como extrapolado o prazo razoável para a edição da lei exigida, não haverá omissão censurável, mas mera imperfeição técnica. No entanto, é preciso frisar que, em relação às normas constitucionais de eficácia limitada promulgadas desde 1988, já houve o decurso de prazo suficiente para a edição das regulamentações demandadas e a inércia do poder competente se caracteriza perfeitamente como omissão inconstitucional.

Sobre esse aspecto, CLÉVE (1995: 222) chama a atenção para o fato de que:

Parece certo, entretanto, que, com o passar dos anos, e mantida a inércia dos poderes públicos, as imperfeições técnicas ('situações jurídicas imperfeitas') tendem a deslocar-se, em bloco, para o território da inconstitucionalidade por omissão. Salvo a hipótese de inserção, no texto constitucional, em virtude de emenda ou revisão, de nova norma de eficácia limitada, haverá um momento em que todas as 'situações jurídicas imperfeitas' terão dado lugar a omissões inconstitucionais.

A omissão normativa inconstitucional pode ser caracterizada como uma das formas de manifestação, dentro da realidade brasileira, do "Estado Paralelo", definido pelo sociólogo português SANTOS (1992: 5) como aquele em que há "uma política de distanciamento em relação às suas próprias leis e instituições, não aplicando as leis ou fazendo-o de modo extremamente seletivo [...]". No caso brasileiro, trata-se, portanto, de um Estado omissivo quanto ao seu poder-dever de implementar normas constitucionais positivas, através de regulamentação ou da criação de condições que tomem possível a efetivação dos direitos encartados em seu bojo.

FERRAZ (1986: 51-52) se pronuncia muito bem a respeito desse poder-dever do Estado:

Em resumo, a Carta Magna de um Estado contém um conjunto de normas positivas que exigem do Estado e dos seus órgãos uma ação que tanto pode traduzir-se na edição de uma lei, na prática de um ato, como em outra medida qualquer. Trata-se, pois, de missão constitucional, que se reveste das características de poder-dever, com todas as conseqüências decorrentes dessa conotação.

Na configuração desse Estado omissivo, que nega a efetividade de direitos previstos na Constituição, cada um dos Poderes da União tem sua parcela de responsabilidade, conforme assevera PFEIFFER (1999: 66):

[...] há mútua cooperação dos três Poderes na negação de eficácia a tais dispositivos constitucionais: o Legislativo não os regulamentando, o Executivo não os aplicando, justamente por alegar a inexistência de sua regulamentação. Por seu turno, o Poder Judiciário, com sua predominante visão restritiva do conteúdo da decisão do mandado de injunção, acaba não operando a viabilização do desfrute desses direitos.

Dessa forma, visando combater a omissão normativa inconstitucional, que se apresenta como uma das facetas do Estado Paralelo dentro do panorama brasileiro, o legislador constituinte originário disponibilizou dois instrumentos: o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Tais instrumentos foram criados para atacar a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, conforme salienta SANTOS (1989: 31), pois tanto o mandado de injunção quanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão “cuidam de um assunto comum: inércia de norma constitucional, decorrente de omissão normativa”.

Embora se assemelhem quanto ao objetivo mediato colimado, as duas garantias constitucionais possuem importantes diferenças, posto que não haveria motivos para se fazer constar na Constituição Federal dois institutos idênticos:

Visando embora ao mesmo fim, a obstância ao exercício dos princípios constitucionais decorrentes da inexistência de medidas para torná-los efetivos, o que em si é tão inconstitucional como a ilegalidade e o abuso de poder – o mandado de injunção não se confunde com a ação de inconstitucionalidade por omissão, subespécie recém-surgida da ação direta de inconstitucionalidade. (SIDOU, 1992: 411).

Por conseguinte, torna-se imperativo fazer uma comparação entre os dois institutos, apontando suas principais características, diferenças e buscando destacar o alcance de cada um.

2.1 Principais diferenças entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção

O Constituinte de 1988, preocupado com a inércia dos Poderes Públicos diante do dever de efetivação dos direitos constitucionais, sobretudo daqueles contidos em normas de caráter social que demandam regulamentação para surtirem

efeitos, buscou institucionalizar meios jurisdicionais de combate à omissão normativa, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

Entretanto, embora busquem obviar o mesmo problema, qual seja, a omissão inconstitucional, os dois institutos tratam tal displicência sobre ângulos diferentes e estão disciplinados de forma diversa.

O fundamento legal do Mandado de Injunção se encontra entre os direitos e garantias fundamentais, no Art. 5º, inciso LXXI, da Constituição, fato que faz com que este se encaixe como remédio constitucional, garantidor dos direitos fundamentais.

Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão vem prevista no parágrafo segundo, do Art. 103 da Lei Maior, compondo o quadro de ações que fazem o Controle de Constitucionalidade das leis e atos normativos.

As duas ações constitucionais possuem ainda legitimados ativos diferentes. Para a propositura do Mandado de Injunção estará legitimado o titular (pessoa física ou jurídica) dos direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Já no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, estarão legitimados à sua propositura somente as pessoas, órgãos e entidades especificados no Art. 103 da Constituição Federal (Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador do Estado ou do Distrito Federal, Procurador Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional).

Os legitimados passivos *ad causam* do Mandado de Injunção e da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão não apresentam distinções, segundo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (Mandado de Injunção nº 335 – Diário da Justiça, Seção I, 19 dezembro de 1994): são somente as pessoas e órgãos estatais, aos quais pode ser imputável o dever de emanção de provimentos normativos.

No entanto, existe ainda parte da doutrina que considera que a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, responsável pelas medidas necessárias ao implemento do direito constitucional, poderá figurar no pólo passivo da ação injuncional:

Não importa a natureza do direito que a norma constitucional confere; desde que seu exercício dependa de norma regulamentadora e desde que esta falte, o interessado é legitimado a propor o mandado de injunção, quer a obrigação de prestar o direito seja do Poder Público, quer incumba a particulares. Vale dizer, cabe mandado de injunção nas relações de natureza pública como nas relações privadas, como, p. ex., nas relações de emprego privado, hipóteses de direitos previstos no art. 7º. (SILVA, 2006: 453).

PFEIFFER (1999: 174) destaca a existência de três posicionamentos na doutrina sobre a legitimidade passiva no Mandado de Injunção:

[...] (a) o impetrado seria apenas o ente regulamentador em mora; (b) compõem o pólo passivo apenas a pessoa jurídica de direito privado ou público, que deve satisfazer o direito do impetrante e não o está fazendo sob o fundamento de ausência de norma regulamentadora; (c) ambos deveriam integrar o pólo passivo.

O mesmo autor filia-se a terceira corrente, defendendo que, no caso do Mandado de Injunção, "tanto o órgão, poder ou autoridade morosos como o obrigado à satisfação do direito devem compor o pólo passivo" (PFEIFFER, 1999: 178). E, ao seu pensamento, acrescenta as considerações de Luiz Flávio Gomes e de Carlos Mario Velloso:

Saliente-se, a propósito, as considerações de Luiz Flávio Gomes, no sentido de que devem ser notificados a prestar informações tanto o órgão ao qual competia emitir a norma regulamentadora, como a pessoa jurídica responsável pelo ato de resistência ao cumprimento do direito

constitucional. Entre inúmeros outros autores que partilham de tal posicionamento, cumpre destacar Carlos Mario Velloso, que sustenta que a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que deve suportar os efeitos da sentença é legitimada passiva para o mandado de injunção e que o órgão omissor, que possui o dever de expedir a regulamentação deve participar na condição de litisconsorte necessário. (PFEIFFER, 1999: 178-179).

Esta, realmente, seria a posição mais coerente com o intuito do Mandado de Injunção, uma vez que o exercício da pretensão do impetrante é obstaculizado, primeiramente, pela ausência de regulamentação, mas esta não seria suficiente se, num segundo momento, a pessoa (particular ou pública) que deveria cumprir o direito inobservado não o levasse a efeito, mesmo que regulamentado. E o que se pretende com o Mandado de Injunção é a fruição efetiva do direito e não apenas a sua regulamentação.

Quanto à competência para o julgamento, o Art. 102, inciso I, alínea *q*, da Constituição, determina que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar o Mandado de Injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal. Caberá, no entanto, o processo e julgamento do Mandado de Injunção ao Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o Art. 105, inciso I, alínea *h*, da Constituição, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

Ainda no que tange à competência para julgamento do Mandado de Injunção, o Art. 121, parágrafo quarto, inciso V, da Magna Carta prevê a competência do Tribunal Superior Eleitoral para julgar, em grau de recurso, o Mandado de injunção que tiver sido denegado pelo Tribunal Regional Eleitoral. E, no âmbito estadual, será permitido aos Estados-membros estabelecerem em suas

constituições estaduais o órgão competente para o processo e julgamento de Mandados de Injunção contra a omissão do Poder Público estadual em relação às normas constitucionais estaduais, no exercício do poder constituinte derivado decorrente.

Por sua vez, será competente para processar e julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão somente o Supremo Tribunal Federal, de acordo com o Art. 102, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal, posto ser esta uma das espécies de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Todavia, quando se tratar de omissão de lei ou ato normativo, estadual ou municipal, para regulamentar dispositivo da Constituição Estadual, o órgão competente para o processo e julgamento será o Tribunal de Justiça local, por força da previsão contida no Art. 125, parágrafo segundo, da Constituição Federal.

Bem se vê, portanto, que a competência para processo e julgamento das ações constitucionais em exame possui fundamentos distintos. Contudo, é em relação à abordagem do objeto, aos efeitos processuais e à finalidade, que vão residir as diferenças mais sutis e importantes entre o Mandado de injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

No que tange ao objeto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão cuida do cumprimento das determinações constitucionais direcionadas aos Poderes que possuem o dever de realizar a tarefa de regulamentação das normas constitucionais de eficácia limitada, informando-os sobre a inconstitucionalidade evidenciada por sua inércia e provocando-lhes a cumprir a missão constitucional que lhes foi conferida.

A finalidade dessa ação, que integra o Controle de Constitucionalidade, é manter a integridade da Constituição, zelando pela conservação da sua força

imperativa e pela obediência que os três Poderes devem nutrir em relação aos seus ditames:

Inegável que a intenção do Constituinte com a inserção no Direito Nacional da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, como faculdade de agir, foi a de fiscalizar e atacar as omissões constitucionais dos poderes competentes, que atentem contra a Constituição. [...] Assim, podemos afirmar que a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão é o meio posto à disposição de determinadas pessoas, órgãos e entidades, com vistas a obter a regulamentação de norma constitucional. Entendida a regulamentação, como a expedição de qualquer espécie normativa: lei, decreto, regulamento, portaria, etc. [...]. (BACHA, 1998:188-189).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não tem como objetivo imediato criar meios concretos de fruição de um direito subjetivo, contido em norma de eficácia limitada, pelo seu titular, que o reclama em determinada situação que se faz presente, e sim exercer o Controle de Constitucionalidade *em tese, em abstrato*, da falta de lei ou ato normativo exigido pela Constituição. Por isso, seus legitimados ativos não se caracterizam como os titulares do direito emanado da norma limitada, assim como seus efeitos são *erga omnes* e não *inter partes*.

Confirmando o pensamento exposto, vale citar o exato comentário de MAGALHÃES (2005:263):

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão não tem por objetivo a defesa de um direito subjetivo, de um interesse juridicamente protegido lesado ou na iminência de sê-lo. É voltada inteiramente para a defesa da Constituição, declarando a mora do legislador frente a uma omissão legislativa e adotando medidas para o suprimento desta omissão constitucional, que será feita por iniciativa do próprio órgão remisso.

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal que, no caso da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão:

[...]a medida cuja omissão deve ser suprida, há de se compreender, como de caráter normativo e não referente à prática de ato em caso concreto. A omissão de medidas concretas reclama a provocação de outros tipos de procedimentos. (ADin nº 19, Relator Ministro Aldir Passarinho, Diário de Justiça da União de 14 de abril de 1989).

No controle da inconstitucionalidade por omissão, compete ao Supremo Tribunal Federal dar ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias

(Art. 103, parágrafo segundo, da Constituição Federal). A decisão, nesse caso, é meramente declaratória e será cumprida pelo Poder inerte quando este julgar conveniente e oportuno, posto que, em respeito ao Princípio de Separação dos Poderes (Art. 2º, da Constituição), o Judiciário não poderá compelir os demais Poderes a legislar.

SILVA (2006: 48) menciona que os efeitos da declaração de Inconstitucionalidade por Omissão podem ser totalmente ineficazes:

Foi tímida, no entanto, a Constituição, nas conseqüências da decretação da inconstitucionalidade por omissão. Não avançou muito mais do que a Constituição portuguesa. Apenas dispôs no § 2º do art. 103 que, 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. É, sem dúvida, um grande passo. Contudo, a mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que assim seja.

Por outro lado, o Mandado de Injunção, como remédio constitucional, objetiva a satisfação imediata de um direito conferido ao seu impetrante pela Constituição, mas que se encontra impossibilitado de ser desfrutado, pela falta de disciplina legal que determine a forma de obtenção da vantagem contida na norma constitucional de eficácia limitada.

A ação injuncional só terá cabimento quando um caso concreto for levado à apreciação do Judiciário e neste se evidencie a situação de que existe um direito conferido ao impetrante pela Constituição, mas a lei exigida por esta para regulamentá-lo não foi criada em tempo hábil para definir a maneira de fruição deste direito.

Desse modo, é fundamental que a norma constitucional de eficácia limitada, apreciada pela via do Mandado de Injunção, contenha o delineamento claro de um direito subjetivo conferido ao impetrante, o que não se exige em relação ao objeto da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão.

Cabe destacar o pertinente comentário de PFEIFFER (1999:73):

É insuficiente, porém, para ser possível a utilização do mandado de injunção, a configuração do desrespeito ao dever de legislar, sendo necessário, igualmente, que a norma constitucional não regulamentada apresente o delineamento claro de um direito. [...]. A regulamentação em questão não cria o direito, mas explicita o *modus operandi* de seu exercício, o que pode ser realizado, quando necessário, pelo Poder Judiciário.

Em conseqüência, o mesmo autor considera que:

[..] enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão pode ser utilizada para impugnar qualquer omissão inconstitucional, o mandado de injunção exige, além da omissão, a configuração de um direito subjetivo delineado na norma constitucional não regulamentada. Deve haver a ligação entre a falta de edição da norma regulamentadora e um dano ao direito, ou seja, um nexo entre a ausência de regulamentação e a restrição ao exercício de um direito claramente delineado. (PFEIFFER, 1999:74).

Assim, é possível concluir que o interesse de agir no Mandado de Injunção refere-se à inviabilidade do exercício do direito, e não apenas à inexistência da norma regulamentadora. Embora inexistente a regulamentação da norma constitucional, o interesse de agir só aparece se o direito nela expresso for inadimplido ou obstado.

SILVA (2006: 451-452) destaca que, no Mandado de Injunção, o que o impetrante almeja obter é a outorga direta do direito reclamado perante o Poder Judiciário: "O impetrante age na busca direta do direito constitucional em seu favor, independentemente da regulamentação. Por isso é que dissemos que ele precisa ter interesse direto no resultado do julgamento".

Essa simples observação justifica o fato de ser admitido como legitimado à propositura do Mandado de injunção somente o titular do direito contido na norma de eficácia limitada e o fato de que os efeitos da decisão proferida são produzidos apenas *inter partes*.

O mandado de injunção visa a tornar efetiva, de imediato, norma a que falte o complemento regulamentar com efeito *inter partes*. Poderá ser impetrado

por qualquer pessoa ou entidade em face de quem obste o exercício de um direito emanado da constituição. [...] A exemplo do mandado de segurança, o mandado de injunção não deve ser admitido em tese, há necessidade concreta de ato ou omissão que inviabilize o exercício de um direito dado, palpável, definido. [...] Assim, as decisões de mérito na ação direta de inconstitucionalidade por omissão fazem coisa julgada com efeito *erga omnes*, enquanto as proferidas em relação ao mandado de injunção geram efeitos *inter partes*. (MAGALHÃES, 2005: 267-271).

A finalidade do Mandado de Injunção, portanto, não é a obtenção da regulamentação prevista na norma constitucional, para que todas as situações porventura existentes e dependentes desta regulamentação venham a ser colmatadas. Sua finalidade consiste na realização concreta do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional em favor do impetrante, através da determinação das condições de gozo do direito, o que poderá ser feito através de sentença judicial e não só por meio de ato normativo.

Nesse ponto, residem as diferenças mais importantes entre o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no que se refere ao estudo em foco. Tais diferenças irão repercutir de forma direta na interpretação que deve ser dada à decisão injuncional pelo Poder Judiciário.

Acentuando o raciocínio esposado, interessante se faz trazer à colação a menção que SILVA (2006: 450) faz à finalidade do Mandado de Injunção, diferenciando-o claramente da Ação Direta de inconstitucionalidade por Omissão:

O mandado de injunção tem, portanto, por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do Mandado de Injunção pedir a expedição da norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). É equivocada, portanto, data vênua, a tese daqueles que acham que o julgamento do Mandado de Injunção visa a expedição da norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de regulamentação, dando a esse remédio o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão.

Por conseguinte, a decisão de provimento dada pelo Poder Judiciário na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a qual visa obter a

regulamentação de norma constitucional com efeitos *erga omnes*, só poderá ser declaratória, oficializando a inconstitucionalidade negativa praticada e informando-a ao Poder competente, pois o Judiciário não poderá compelir o Poder omissor a legislar. Todavia, no caso do Mandado de Injunção, que objetiva o desfrute concreto de um direito conferido pela Constituição a determinada pessoa, a ação impetrada não visa provocar o Judiciário a buscar a regulamentação, tampouco legislar, mas tão somente a aplicar a norma ao caso concreto. E é nesse sentido que o Poder Judiciário deverá agir, quando houver o deferimento de uma ação injuncional.

É possível visualizar, agora com mais nitidez, que o Mandado de Injunção se presta a ter efeitos práticos mais eficientes e imediatos do que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, para resguardar a efetividade de direitos constitucionais desafiados de medidas normativas estatais.

Entretanto, o Constituinte Originário não definiu de forma expressa a maneira de atuação do Poder Judiciário, quando provocado a decidir através de um Mandado de Injunção. Isto fez com que muitos questionamentos surgissem em torno do alcance da decisão injuncional e tomou confusa a distinção existente entre este *writ* e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão.

Atualmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda teima em produzir decisões que igualam os efeitos do Mandado de Injunção aos da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, embora já existam avanços consideráveis em sentido contrário, que demonstram o início de uma mudança de posicionamento. Já a maior parte dos doutrinadores que exploram o assunto lutam para fazer com que esta garantia constitucional seja entendida e explorada pelo Pretório Excelso em toda a sua potencialidade, através de estudos e teorias consistentes e bem fundamentadas.

Nesse sentido, indispensável se faz abordar os diversos entendimentos existentes sobre os efeitos da decisão de deferimento do Mandado de Injunção, em capítulo próprio.

3 EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA EM MANDADO DE INJUNÇÃO

Os efeitos da decisão que julga procedente o Mandado de Injunção vêm suscitando acirradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, sendo este um dos aspectos mais polêmicos do tema em estudo.

Destacam-se três correntes de pensamento a respeito do alcance do provimento a ser concedido pelo Poder Judiciário no julgamento do Mandado de Injunção, que serão ora analisadas e confrontadas.

Inicialmente, será abordada a corrente que, ainda hoje, é adotada de forma majoritária pelo Supremo Tribunal Federal: aquela que defende uma decisão eminentemente declaratória para o provimento do Mandado de Injunção.

Tal corrente considera que, no caso de deferimento do Mandado de Injunção, o Poder Judiciário deveria declarar a inconstitucionalidade por omissão do órgão com atribuição de regulamentar a matéria, dando-lhe ciência para que tome as providências necessárias.

Um dos grandes defensores desse posicionamento, no campo doutrinário, é FERREIRA FILHO (1995: 277), o qual considera que:

[...] o alcance do mandado de injunção é análogo ao da inconstitucionalidade por omissão. Sua concessão leva o Judiciário a dar ciência ao Poder competente da falta de norma sem a qual é inviável o exercício de direito fundamental. Não importa no estabelecimento pelo próprio órgão jurisdicional da norma regulamentadora necessária à viabilidade do direito.

Entende o jurista acima citado que, caso o próprio órgão julgador editasse a norma regulamentadora faltante, haveria infringência ao sistema constitucional vigente, indo de encontro ao Princípio de Separação de Poderes, esculpido na Constituição como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, em seu Artigo 2º e que possui a qualidade de cláusula pétrea, conforme dispõe o Artigo 60, parágrafo quarto, inciso II, do Estatuto Supremo:

Artigo 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

[...]

Artigo 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

Parágrafo 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

III - a separação dos Poderes. (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

É de suma importância notar, entretanto, que o pensamento do autor ora destacado, volta-se contra uma possível edição de lei regulamentadora da norma constitucional limitada, pelo órgão jurisdicional. Refuta, portanto, a possibilidade do Poder Judiciário exercer competência atribuída ao Legislativo pela Constituição, editando leis de caráter geral e abstrato, ou seja, com efeitos *erga omnes*.

Na seara jurisprudencial, a decisão paradigmática desse posicionamento foi a proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Injunção nº 107-DF, cujo relator foi o Ministro Moreira Alves.

Nesse julgamento, os ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam que o dispositivo da decisão, em sede de Mandado de Injunção, deveria estar limitado à declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, cientificando o órgão moroso para que a suprisse, e determinando, afora isso, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos instaurados contra o impetrante, no caso da ação injuncional versar sobre direito constitucional oponível contra o Estado.

Para melhor entendimento da decisão aludida, cumpre destacar o trecho seguinte da ementa desse acórdão:

Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada a titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o art. 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentar, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora regulamentar por parte do Poder, órgão ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º da Carta Magna), e de que se determine, se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. (REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, 1990: 11-12).

Os argumentos sustentadores desse juízo interpretativo assemelham-se bastante àqueles esposados por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em que se dá particular relevo ao Princípio de Separação dos Poderes, não se podendo concordar com a hipótese de o Poder Judiciário vir a exercer função legislativa. Entretanto, o Ministro Relator do acórdão em foco rechaça também a possibilidade de concretização, por parte do Poder Judiciário, do direito constitucional inobservado, pertencente ao impetrante.

A partir da decisão proferida no Acórdão mencionado, o Supremo Tribunal Federal adotou entendimento majoritário de que o Mandado de Injunção não autoriza o Judiciário a editar o ato normativo omitido, tampouco ordenar ato concreto de satisfação do direito reclamado, existindo, entretanto, julgados recentes em que se observou a adoção de posicionamento diverso.

MORAES (2005 b: 162) denomina esse posicionamento de “não concretista” e explica que:

Sendo esse o conteúdo possível da decisão injuncional, não há o que se falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam, desde logo, condições viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente prevista, mas, tão somente, deverá ser dado ciência ao poder competente para que edite a norma faltante.

Uma das principais críticas endereçadas a essa corrente refere-se à identidade que esta veio a estabelecer entre o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Ao determinar que a decisão possível no Mandado de Injunção seria apenas a de declarar a omissão inconstitucional e informá-la ao órgão displicente, o Supremo Tribunal Federal ensejou a configuração de dois institutos com finalidades idênticas na Constituição Federal.

E, partindo-se da premissa de que a Constituição não contém palavras inúteis, é possível concluir que a mesma não pode conter institutos inúteis, sendo descabida a equivalência estabelecida pelo Pretório Excelso.

A esse respeito, vale citar as argumentações de PIOVESAN (1995: 133):

[...] faltaria qualquer razoabilidade ao constituinte se criasse dois institutos jurídicos com idêntica finalidade. A duplicidade de instrumentos jurídicos afastaria a logicidade e coerência do sistema constitucional, mesmo porque não haveria sentido em centrar a legitimidade ativa no caso de ação direta de inconstitucionalidade por omissão nos entes elencados pelos incisos I a IX do artigo 103 e, ao mesmo tempo, admitir a ampla legitimidade do mandado de injunção, que pode ser impetrado por qualquer pessoa, se ambos instrumentos apresentassem idênticos efeitos.

Dessa forma, de acordo com o pertinente comentário de NERY JÚNIOR (1992) à decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção nº 107-DF, poderia ser admitida a hipótese de qualquer do povo estar legitimado a pedir a declaração de inconstitucionalidade por omissão, através da ação injuncional, o que está vedado pelo Artigo 103, *caput*, combinado com o parágrafo segundo, da Lei Maior.

Ademais, foi possível verificar nitidamente, em capítulo anterior, que os dois institutos apresentam diferenças gritantes, inclusive no que tange aos efeitos a

serem produzidos com a utilização destes instrumentos, embora ambos visem a combater a omissão inconstitucional.

Conforme já demonstrado, o Mandado de Injunção é destinado à tutela de um direito subjetivo, visando à sua concretização, enquanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão visa à tutela de norma constitucional, desempenhando o Poder Judiciário, nesse caso, um controle político, através do qual emite uma censura ao órgão omissor. Assim, a própria Constituição Federal determina nitidamente a distinção entre os dois instrumentos processuais, que possuindo finalidades diversas, não podem ter o mesmo efeito, como quer estabelecer o Supremo Tribunal Federal.

Outro aspecto crítico importante, que conduz a uma negação do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, reside na total falta de efetividade de uma decisão meramente declaratória proferida, quando do deferimento do Mandado de Injunção.

Tal decisão transforma o Mandado de Injunção em um instrumento totalmente inócuo e subverte a característica essencial deste *writ*, presente na função impositiva e concretizadora que a Carta Magna lhe atribuiu.

Sobre esse aspecto, vale citar BARBI (1988: 9):

Essa solução deixaria de lado um elemento importante, que é o caráter impositivo do mandado de injunção como o seu nome está a mostrar. Injunção significa imposição, o que não existe em uma sentença que seja apenas declaratória da omissão do Poder Legiferante.

É preciso ter sempre em mente que os institutos processuais - especialmente aqueles elencados pela Lei Maior como remédios constitucionais -

devem ser sempre interpretados no sentido de garantir a máxima potencialização de sua efetividade.

Prova disso é a presença do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição entre os direitos e garantias fundamentais, no inciso XXXV, do Artigo 5º, da Constituição, o qual não inclui apenas a simples possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, mas, igualmente, "o direito a uma tutela célere, efetiva e útil, por meio da qual o jurisdicionado consiga tudo aquilo e exatamente aquilo que tenha direito a conseguir." (PFEIFFER, 1999: 84).

E, no caso de existirem direitos inobservados com sede constitucional, o dever do Estado de garantir a tutela mais efetiva possível, por meio do Judiciário, torna-se ainda mais evidente. Essa evidência é banalizada pelo Pretório Excelso, quando defende a teoria não concretista para julgamento do Mandado de Injunção, cuja função e alcance devem ser interpretados sob o prisma hermenêutico da efetividade, primando-se pela preservação da força normativa da Constituição.

A "força normativa da constituição", tal como definida pelo estudioso HESSE (1991: 14-15), "reside na sua pretensão de eficácia, ou seja, na sua pretensão de que a situação por ela regulada venha a ser concretizada na realidade". Este é um dos papéis atribuídos ao Mandado de Injunção: concretizar ditames constitucionais. E quando esse papel é negado pelo Poder Judiciário, este vem a negar também a guarda da própria força normativa da Constituição, quando deveria, na verdade, fomentá-la.

Desta feita, afigura-se como solução mais condizente com a função do Mandado de Injunção determinada pela Constituição e com o caráter normativo desta, a posição concretista, garantidora da necessária efetividade do *writ*.

De acordo com o posicionamento concretista, uma vez presentes os requisitos constitucionais exigidos para o Mandado de Injunção, o Poder Judiciário deverá não só declarar a existência da omissão normativa, como também implementar o exercício do direito, através de uma decisão constitutiva.

Esta corrente de pensamento é a que vem tendo mais acolhida por parte dos doutrinadores constitucionalistas. Todavia, admite ainda variações interpretativas, dando lugar a subcorrentes.

A primeira divergência apontada consiste em se determinar se a decisão concretista do Poder Judiciário na ação injuncional teria efeitos *erga omnes* ou *inter parts*.

Apesar de ter pouca aceitação entre os autores, no campo do Direito Constitucional, a subcorrente que defende uma decisão concretista com efeitos *erga omnes* para o provimento do Mandado de Injunção é citada por alguns como a que melhor realiza as potencialidades do remédio analisado.

Referida subcorrente sustenta o entendimento de que, na decisão injuncional, o órgão julgador deverá criar as condições de fruição do direito, liberdade ou prerrogativa contida em norma limitada através de uma regulação geral, aplicável a todos os casos análogos ao do impetrante.

Um dos defensores desse pensamento é GRECO FILHO (1989:182-183), o qual abarca a tese de que a decisão do Judiciário no Mandado de Injunção “deverá ser genérica, de modo a atingir todos aqueles que estejam na situação trazida ao conhecimento do Tribunal pelo primeiro, e que deverá ser o único, mandado de injunção sobre o tema”.

Segundo o jurista, a decisão judicial deverá ser eminentemente normativa e, caso alguém se ache em situação idêntica à do impetrante, não será mais cabível o ajuizamento de um outro Mandado de Injunção para ter seu direito efetivado, posto que a omissão regulamentadora desse direito já estaria suprimida definitivamente pelo primeiro *writ* impetrado. Assim, o mais correto a fazer seria a utilização de outras ações mais adequadas, como o mandado de segurança, por exemplo, para se exigir o cumprimento de uma norma regulamentada.

Entretanto, tal entendimento mostra-se bastante ampliativo, no que tange aos efeitos a que se propõe o Mandado de Injunção. A expedição de normas dotadas de caráter genérico é função precípua do Poder Legislativo, não sendo admissível sua usurpação pelo Poder Judiciário, salvo nos casos de uma permissão expressa no texto constitucional para o exercício de atividade anômala, o que não se dá em termos de Mandado de Injunção.

Vale citar, mais uma vez, o comentário de BARBI (1988: 9), que se apresenta como um dos críticos ao efeito *erga omnes* para a decisão injuncional concretista:

Essa solução (criação de uma norma geral regulamentadora) é também inadequada, porque irá atuar além do caso concreto, o que não é compatível com a natureza da função jurisdicional, que, em regra, se destina a solucionar o caso de quem reclama a prestação jurisdicional e não pretende resolver casos de outras pessoas, ainda que iguais, mas que não foram levados a juízo. Além disso, a criação de norma geral é função típica do Poder Legislativo e não do Poder Judiciário.

Assim, a maior parte da doutrina constitucionalista entende que no Mandado de Injunção o impetrante visa à satisfação de um direito ou prerrogativa particular seu e não, especificamente, à elaboração de uma norma geral. Dessa maneira, mais acertado seria que a remoção do obstáculo ao exercício da pretensão fosse operada apenas para o caso concreto apresentado.

Na jurisprudência, destaca-se a crítica feita pelo Ministro Ilmar Galvão a essa subcorrente, no julgamento do Mandado de Injunção nº 369-DF, em que o impetrante buscava viabilizar o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, previsto no Artigo 7º, inciso XXI, da Constituição:

[...] em verdade, a pretensão do impetrante está mais voltada para a consecução do seu direito, in concreto, do que para a elaboração da norma geral reguladora do aviso prévio proporcional. O que objetiva ele é receber a prestação com que a Constituição lhe acena e que não foi satisfeita pelo empregador, por ausência da norma regulamentadora. O mandado de injunção, a meu ver, destina-se a suprir esta omissão, o que somente pode ser cumprido mediante a elaboração, pelo STF, de norma para o caso concreto que rege. (REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, 1993: 403).

Por sua vez, o Ministro Moreira Alves, no julgamento do comentado Mandado de Injunção nº 107-DF, ressalva que ao proclamar em sede de Mandado de Injunção uma decisão com efeito *erga omnes* estaria “o Supremo, juiz ou tribunal que decidisse a injunção, ocupando a função do Poder Legislativo, o que seria claramente incompatível com o sistema de separação de poderes” (REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, 1990: 11-12).

A melhor alternativa, então defendida pela grande maioria dos doutrinadores e por um seletto grupo de juristas para a decisão injuncional, seria a que lhe dá efeitos constitutivos, mas, somente para o caso concreto que é levado à apreciação do Poder Judiciário.

Nessa linha, encontra-se o mestre CANOTILHO (1993: 88):

[...] o mandado de injunção não tem por objecto uma pretensão a uma emanção, a cargo do juiz, de uma regulação legal complementadora com eficácia ‘erga omnes’. O mandado de injunção apenas viabiliza, num caso concreto, o exercício de um direito ou liberdade constitucional perturbado pela falta parcial de lei regulamentadora. Se a sentença judicial pretendesse ser uma norma com valor de lei ela seria nula (inexistente) por usurpação de poderes.

A partir de uma decisão concretista com efeitos *inter parts*, o Mandado de Injunção só viria a produzir efeitos para o seu impetrante, o qual passaria a exercitar

plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa previsto na Constituição, não se perfazendo assim como um instrumento de que o Poder Judiciário pudesse se valer para legislar, já que tal provimento não consubstanciaria a generalidade característica das leis.

A função constitucionalmente atribuída a este *writ* leva a concluir que seus efeitos devem ser imediatos e constitutivos, mas jungidos ao caso concreto juridicamente apresentado. O Mandado de Injunção não se destina a solucionar a incompletude técnica do ordenamento jurídico e não visa a eliminar por completo a omissão normativa evidenciada. Por outro lado, busca possibilitar ao seu impetrante a fruição do direito reclamado, sem quaisquer pretensões de funcionar como instrumento legislativo, posto que a fixação dos parâmetros necessários ao pleno exercício do direito contido em norma constitucional limitada seria válida somente para aquele caso apreciado, não sendo extensível para todas as hipóteses semelhantes.

Nesse sentido, a atividade desenvolvida pelo órgão julgador no provimento de um Mandado de Injunção seria a de definir as condições e a forma de exercício do direito pleiteado pelo autor da demanda, o que não se distingue da atividade comumente empreendida pelos juízes no cumprimento de suas funções jurisdicionais. A decisão injuncional proferida pelo Poder Judiciário estaria assim totalmente de acordo com a tradicional função da sentença, que nada mais é do que resolver o caso concreto levado a juízo, com eficácia limitada apenas a este caso, sem a menor intenção de valer como norma geral e abstrata.

DI PIETRO (2000: 610) manifesta-se inteiramente de acordo com pensamento supra explicitado:

O mandado de injunção, como é interposto pelo próprio titular do direito, exige uma solução para o *caso concreto*, e não uma decisão com efeitos *erga omnes*. O Judiciário decidirá, dizendo o conteúdo da norma que se aplicará ao caso concreto e que fará *coisa julgada*, insuscetível de ser alterada por norma legal ou regulamentar posterior. Sem isso, o mandado

de injunção seria medida absolutamente inócua como *garantia* de direito individual e estaria mal colocada no artigo 5º da Constituição. É o próprio Poder Judiciário que supre, no caso concreto, a omissão da norma regulamentadora. Não há fundamento constitucional para concluir que o Judiciário apenas *daria ciência* ao Poder que se omitiu, ou que *determinaria* a edição da norma regulamentadora, pois, aí sim, haveria interferência indevida de um Poder em outro em hipótese não expressamente prevista na Constituição, com ofensa ao princípio da separação de poderes. (grifos do autor).

Afigura-se, assim, a decisão concretista com efeitos *inter parts* como sendo a que realiza mais corretamente a função do Mandado de Injunção no ordenamento. Todavia, os doutrinadores que aderem a tal posicionamento dividem suas opiniões ainda em duas subcorrentes.

Uma delas considera que a decisão injuntiva deverá ser no sentido de informar ao órgão competente a sua omissão normativa e fixar prazo para que este venha a regulamentar a norma constitucional de eficácia limitada. Uma vez expirado o prazo dado – que não poderia ser inferior ao lapso temporal necessário ao processo legislativo sumário – sem que houvesse regulamentação, o próprio Poder Judiciário implementaria o direito do impetrante.

A outra subcorrente da decisão concretista *inter parts* defende que não cabe ao Poder Judiciário ditar o cumprimento de um prazo ao órgão omissor, integrante do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, para que este venha a ser tolhido a exercer função que é de sua competência, ainda que se encontre em situação de flagrante inconstitucionalidade por omissão. A decisão judicial recomendada, nesse caso, deverá ser a de apenas verificar a existência da omissão regulamentadora de norma constitucional e, quando constatada, implementar de pronto o direito a que faz jus o impetrante.

Destarte, percebe-se que a posição concretista *inter parts* que considera viável a ordenação de um prazo pelo Judiciário para que o Poder omissor saia de sua inércia, acaba vindo a configurar uma espécie de ingerência de um Poder sobre o outro, o que não é admissível pela Constituição Federal.

O já mencionado Princípio de Separação dos Poderes, nesse aspecto particular, representa uma importante nuance a ser observada para que a posição acima seja desmerecedora de acolhida.

Estabelecendo como características dos Poderes da União a independência e a harmonia entre estes, tal princípio impede que o Judiciário possa vir a subjugar os demais Poderes, no sentido de ser inválida qualquer tentativa de compelir um outro Poder a executar atividade que lhe foi atribuída como função precípua.

Dessa forma, tem-se que a decisão judicial que mais se encaixa ao papel do Mandado de Injunção como remédio constitucional é a concretista com efeitos *inter parts* e imediatos.

Tal decisão realiza plenamente os efeitos a que se propõe o *writ*, viabilizando o exercício imediato de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, pertencentes ao autor da demanda, e, ao mesmo tempo, não configura a sentença injuncional como um instrumento de que o Judiciário poderia se valer para usurpar função que compete a outro Poder, ou para ditar ordens aos demais Poderes da União.

A doutrina já adere amplamente ao posicionamento concretista com efeitos *inter parts* e imediatos, assim como alguns ministros do Supremo Tribunal Federal, embora não representem maioria. MORAES (2005 b: 160) cita alguns exemplos:

[...] o Poder Judiciário, imediatamente ao julgar procedente o mandado de injunção, implementa a eficácia da norma constitucional ao autor. Assim, os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio entendem que a Constituição criou mecanismos distintos voltados a controlar as omissões inconstitucionais, que são a inconstitucionalidade por omissão, inscrita no art. 103 da CF, e o mandado de injunção, estabelecido pelo inc. LXXI, art. 5º, da mesma Carta.

Como afirmado pelo Ministro Marco Aurélio: 'sob a minha ótica, o mandado de injunção tem, no tocante ao provimento judicial, efeitos concretos, beneficiando apenas a parte envolvida, a impetrante'.

Mas, mesmo diante de tal constatação, a opinião majoritária da Suprema Corte de Justiça ainda é a de que o provimento do Mandado de Injunção só deverá ensejar o reconhecimento formal da inércia do órgão encarregado de regulamentar a matéria constitucional, despindo referido instrumento do efeito concretizador de direitos constitucionais que deveria ter.

O principal entrave, colocado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, para que a decisão concretista com efeitos *inter parts* e imediatos não venha a ser acolhida, reside na idéia de que esta decisão viria a ferir o Princípio de Separação dos Poderes.

No entanto, a despeito do que vem sendo defendido majoritariamente pelo Pretório Excelso, já não existem mais argumentos jurídicos plausíveis para se fundamentar a arcaica concepção de que a única decisão possível em sede de Mandado de Injunção é a não concretista.

O Princípio de Separação dos Poderes jamais poderá ser entendido de forma absoluta na atualidade, sob pena de inviabilizar não só o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas como toda a máquina estatal.

Para analisar este aspecto crucial do presente trabalho, será apresentado capítulo específico, onde serão defrontados o Princípio de Separação dos Poderes e a decisão concretista com efeitos *inter parts* e imediatos.

4 O PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES E A DECISÃO CONCRETISTA *INTER PARTS* E IMEDIATA EM MANDADO DE INJUNÇÃO

A maior parte dos ministros que integram o Supremo Tribunal Federal, ao rechaçarem o posicionamento que defende uma decisão judicial de efeitos constitutivos, *inter parts* e imediatos para o provimento do Mandado de Injunção, aduzem que tal decisão viria a ofender ao Princípio de Separação dos Poderes do Estado, o que faz com que a Corte Suprema venha a acolher, de forma majoritária, o provimento não concretista.

Os partidários da corrente não concretista consideram que o Poder Judiciário, ao ditar os meios de fruição de um direito constitucional não regulamentado, através do Mandado de Injunção, estaria tomando para si funções que cabem ao Legislativo ou ao Executivo, que são os órgãos político-normativos do Estado. Para eles, mesmo que a decisão se restringisse ao caso concreto apreciado, haveria usurpação de funções, posto que a sentença proferida funcionaria como norma regulamentadora, estando o Judiciário a exercer competência normativa que somente caberia aos demais Poderes. E, dessa forma, defendem o posicionamento não concretista, onde o órgão julgador apenas caracteriza a omissão inconstitucional do órgão legiferante, informando-o para que tome as providências faltantes, tendo em vista o respeito ao Princípio de Separação dos Poderes.

No entanto, referidos argumentos são falhos e desatentos à essência da decisão concretista *inter parts* e imediata proferida pelo Judiciário em sede de Mandado de Injunção, além de desvirtuarem o atual entendimento que se deve ter sobre o Princípio de Separação dos Poderes, nos Estados Democráticos contemporâneos.

Diante disso, torna-se imprescindível a análise do conteúdo que, ao longo dos tempos, foi sendo atribuído ao Princípio de Separação dos Poderes do Estado, até se chegar à sua concepção hodierna.

4.1 Evolução e análise do princípio de separação dos poderes do Estado

A Divisão de Poderes do Estado sempre representou um instrumento de preservação do exercício social dos direitos individuais, dentro da organização estatal.

Prova disso é o valor que este postulado conserva, sendo suscitado desde a Antigüidade pelos grandes pensadores, até o presente, onde permanece como princípio nas Constituições dos Estados contemporâneos.

As abordagens iniciais sobre o assunto surgiram a partir da preocupação dos filósofos e teóricos políticos com a necessidade de serem atribuídas as funções de Estado (Legislativa, Executiva e Judiciária) a órgãos distintos do governo, ressaltando a temeridade de se concentrarem todas as funções nas “mãos” de um só ente.

Foi o filósofo Aristóteles, na Grécia Antiga, quem fez a primeira abordagem histórica da divisão de poderes do Estado. Através de uma reflexão e de uma análise descritiva da estrutura política de seu tempo, o pensador distinguia que o governo se compunha de três partes: aquela que deliberava acerca dos negócios do Estado, o chamado Poder Deliberativo; uma segunda, denominada Magistratura, que exercia a função de ordenar, executiva, além de também deliberar a respeito de matérias específicas; e a terceira, que ficava a cargo dos Tribunais, abrangendo as funções de jurisdição. Essas três partes do governo descritas por Aristóteles

guardam estreita semelhança com as funções ou poderes do Estado que atualmente são reconhecidos nas sociedades politicamente organizadas.

Aristóteles não chegou a formular uma completa teoria acerca da Separação dos Poderes do Estado, mas suas observações e reflexões identificaram a existência de funções distintas no governo, além de enfatizarem o perigo de ser atribuído a um só órgão o exercício do poder.

DALLARI (2000: 216-217), fazendo referência a Aristóteles sobre o tema, afirma que:

O antecedente mais remoto da separação dos poderes encontra-se em Aristóteles, que considera injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, havendo também em sua obra uma ligeira referência ao problema da eficiência, quando menciona a impossibilidade prática de que um só homem previsse tudo o que nem a lei pode especificar.

Posteriormente, no segundo século antes de Cristo, surgem os estudos de Políbio, historiador grego que encontra na República Romana uma organização balanceada, onde, as três forças constitutivas do poder, representadas pelo Consulado, Senado e Povo, estabeleciam uma espécie de controle um sobre o outro.

De acordo com a Tese do Governo Misto de Políbio, o sucesso romano estava assentado nessa tripartição de poder, onde a cada poder estatal foram dadas uma atribuição peculiar e a possibilidade de vigilância sobre o outro. Esse contexto pode ser bem visualizado através dos estudos de BOBBIO (1994: 70), em sua Teoria das Formas de Governo, quando dedica um capítulo a Políbio:

A composição das três formas de governo consiste no fato de que o rei está sujeito ao controle do povo, que participa adequadamente do governo; este, por sua vez, é controlado pelo senado. Como o rei representa o princípio monárquico, o povo o princípio democrático e o senado o aristocrático, o resultado dessa combinação é uma nova forma de governo, que não coincide com as três formas simples retas – porque é composta -, nem com as três formas corrompidas – porque é reta.

Ao observar a estrutura e o funcionamento do governo da República Romana, Políbio lançou os primórdios para uma posterior teorização sobre a necessidade de controle mútuo e de cooperação entre os poderes do Estado. Assim é que BOBBIO (1994: 71), citando uma passagem do Livro VI da "História" de Políbio, destaca que "como dessa forma cada órgão pode obstaculizar os outros ou colaborar com eles, sua união é benéfica em todas as circunstâncias, de modo que não é possível haver um Estado melhor constituído".

Todavia, os enfoques doutrinários que mais se destacaram na abordagem da Separação dos Poderes do Estado vieram a ocorrer com as obras de Locke e Montesquieu.

Ressalte-se, no entanto, que o maior empenho de Locke em analisar a divisão dos poderes se deu no sentido de destacar a liberdade do homem, em oposição ao Absolutismo Monárquico, enquanto Montesquieu investigou cientificamente a teoria, trazendo à lume as técnicas de divisão e equilíbrio entre os órgãos de poder do Estado.

A Teoria da Separação dos Poderes é abordada por Montesquieu no Livro XI de sua obra "O Espírito das Leis", aparecida em 1748, que trata das leis que formam a liberdade política.

Segundo Montesquieu, a liberdade política seria encontrada nos governos moderados, quando nestes não houvesse abuso de poder, sendo necessário para isso que um poder viesse a constituir um freio para o outro. Esse mecanismo de controle entre os poderes só poderia ser posto em prática através do expediente constitucional de se atribuir as três funções do Estado a órgãos diferentes.

É nesses termos que MONTESQUIEU (2000: 205) preleciona:

Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo se junta ao executivo, desaparece a liberdade; pode-se temer que o monarca ou o senado promulguem leis tirânicas, para aplicá-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder judiciário não está separado do legislativo e do executivo. Se houvesse tal união com o legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, já que o juiz seria ao mesmo tempo legislador. Se o judiciário se unisse com o executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. E tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou o mesmo corpo de nobres, de notáveis, ou de populares, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de ordenar a execução das resoluções públicas e o de julgar os crimes e os conflitos dos cidadãos.

Assim é que o filósofo francês distingue as três funções do Estado como poderes diversos e inconfundíveis, cuja atuação harmônica possibilitaria a desconcentração das atribuições estatais, evitando dessa maneira o abuso de poder.

No entanto, Montesquieu vai além da simples atribuição de funções específicas a cada um dos Poderes, como forma de se evitar o abuso e garantir os direitos individuais, o pensador admitiu nesses Poderes duas faculdades: a de estatuir e a de impedir. Consistia a faculdade de estatuir em ordenar por si mesmo ou corrigir o que haja sido ordenado por outrem. Já a faculdade de impedir compreendia a possibilidade de intervir em uma decisão tomada por outro Poder.

Dessa forma, Montesquieu firmou o sistema de freios e contrapesos, conferindo ao Poder Executivo participação legislativa e, embora recusasse ao Poder Legislativo qualquer participação na execução, consagrou-lhe, todavia, o direito de examinar o modo pelo qual se executam as leis por ele elaboradas, bem como reconheceu ao Poder Judiciário o controle legal das demais funções.

Tal fato é constatado pelas palavras de BONAVIDES (1995: 161) quando comenta o pensamento do filósofo:

Não só reconheceu Montesquieu a inevitabilidade de legítimas interferências recíprocas, como se capacitou da imperiosa necessidade de andarem os poderes em concerto, visto que seu repouso ou imobilidade,

qual seria de desejar, é contrariado pelo *movimento necessário das coisas*.
(grifo do autor).

A divisão dos poderes do Estado representava assim uma tese que punha a salvo as garantias individuais de liberdade e contribuía para o extermínio da tirania, numa época em que justamente se buscavam meios para enfraquecer o poder do Estado.

Foi nesse contexto que surgiu em 1789 a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada na França, declarando em seu artigo XVI: "Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição".

O Princípio de Separação dos Poderes, depois de consagrado nas Constituições dos Estados Modernos, passou a ter realce no meio daqueles que procuravam a democracia através dos seus ditames. Uma vez associado à idéia de Estado Democrático, determinou o aprimoramento da construção doutrinária conhecida como sistema de freios e contrapesos, cujas bases já haviam sido denotadas por Políbio e lançadas por Montesquieu.

Com a doutrina dos freios e contrapesos a configuração da tripartição dos poderes ganha ainda mais corpo. Contudo, é importante reforçar que a teoria da Separação dos Poderes, tal como foi concebida classicamente, consagrou-se como pressuposto do Estado Liberal, numa época em que se pretendia reduzir ao mínimo a atuação estatal.

No final do século XIX, a crise do Estado Liberal e suas repercussões sócio-econômicas começaram a criar novas exigências, que atingiram profundamente o papel do Estado. Houve uma mudança nos objetivos sociais de redução da atuação do Estado, que passou a ser cada vez mais solicitado a agir.

Nesse momento histórico-social não mais se exigia uma limitação rígida das ações do Estado, o que muitas vezes engessava o desempenho de suas funções, mas reclamava-se uma atuação estatal que atendesse às exigências da sociedade, cada vez mais graves e urgentes, primando pela sua eficiência.

Questionava-se que a Separação dos Poderes existia como um cenário, donde os argumentos da democracia e liberdade individual faziam parte, todavia, a estrutura estabelecida deixava muito a desejar no plano da eficácia, pois faltava a coordenação necessária entre os poderes. Dessa forma, foi a necessidade de aliar a democracia da tradicional Separação dos Poderes à eficiência do sistema político, que impôs nova visão à Teoria.

Para permitir a adequação do Princípio de Separação dos Poderes ao bom desempenho das atividades de um Estado mais atento ao social, surgiram novas formas de relacionamento entre os órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário.

Os Poderes do Estado deixaram de ser interpretados como efetivamente divididos e rigidamente especializados, para serem compreendidos como distintos e coordenados. Fez-se necessária a interpenetração entre os poderes, com o intuito de viabilizar a prática governamental e a realização das garantias previstas nas Constituições.

Assim, o Princípio de Separação dos Poderes teve que passar por uma revisão, através da ampliação de seus conceitos e da sua adaptação à realidade sócio-política, permanecendo nas Constituições democráticas com a idéia de colaboração de poderes.

A colaboração entre os Poderes do Estado tornou-se possível através de técnicas que coadunaram a autonomia organizacional de cada Poder com a

possibilidade de intercomunicação de funções, desempenhadas sistematicamente em cooperação mútua. Desse modo, a nova acepção do Princípio de Separação dos Poderes materializou-se por meio da independência orgânica e da harmonia entre os órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário.

A independência orgânica há de ser entendida como a possibilidade de cada Poder se auto-organizar e desempenhar suas funções típicas sem se subordinar aos outros, estando apenas sujeitos aos ditames presentes na Constituição e nas leis. Entretanto, deve-se ressaltar que nem a divisão de funções entre os órgãos do Poder, nem sua independência são absolutas. Além da cortesia no trato recíproco e do respeito às prerrogativas existentes para cada Poder, a harmonia verifica-se pelas interferências funcionais, que visam ao equilíbrio necessário à realização do bem comum, evitando também o arbítrio.

Vale citar as palavras de SILVA (2006:110-111), para exemplificar o modelo brasileiro a harmonização entre os poderes do Estado:

Se ao Legislativo cabe a edição de normas gerais e impessoais, estabeleceu-se um processo para sua formação em que o Executivo tem participação importante, quer pela iniciativa das leis, quer pela sanção e pelo veto. Mas a iniciativa legislativa do Executivo é contra-balanceada pela possibilidade que o Congresso tem de modificar-lhe o projeto por via de emendas e até de rejeitá-lo. Por outro lado, o Presidente da República tem o poder de veto, que pode exercer em relação a projetos de iniciativa dos congressistas como em relação às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa. Em compensação, o Congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto, e, pelo Presidente do Senado, promulgar a lei, se o Presidente da República não o fizer no prazo previsto. [...] Se os Tribunais não podem influir no Legislativo, são autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis, não as aplicando neste caso. O Presidente da República não interfere na função jurisdicional, em compensação os ministros dos tribunais superiores são por ele nomeados, sob controle do Senado Federal, a que cabe aprovar o nome escolhido [...] Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco.

Diante do entendimento que se dá ao Princípio de Separação dos Poderes no presente, compreende-se que no seu fundamento há uma divisão de atribuições, onde cada função governamental é exercida preponderantemente por um órgão específico; no entanto, essa distribuição de funções não é estanque. Os Poderes encontram previsão constitucional para participar das atribuições uns dos outros, desempenhando funções atípicas, a fim de que os problemas do Estado sejam resolvidos com a rapidez exigida pelos atuais tempos.

Portanto, a Teoria da Divisão dos Poderes, depois de revisada e ampliada, passa a admitir que o relacionamento entre os órgãos de poder do Estado obedece aos princípios da harmonia e dos vasos intercomunicantes, isto é, o Estado só funciona bem quando as suas atividades fundamentais são exercidas por poderes distintos em colaboração, buscando como principal meta a garantia da força normativa e da efetividade dos direitos assegurados pelo Estado à coletividade, presentes no texto constitucional.

4.2 A decisão concretista *inter parts* e imediata frente ao atual sentido do princípio de separação dos poderes

Conforme se pôde observar, não é correta a concepção de que o Princípio de Separação dos Poderes trata de uma divisão estrita de funções, sem permitir qualquer ingerência mútua entre os órgãos de poder do Estado.

Como característica básica desse princípio está a função de controle que cada um dos Poderes exerce sobre os demais, fiscalizando o modo como são desempenhadas suas funções preponderantes.

De acordo com a análise de PFEIFFER (1999: 107) sobre o tema:

[...] a grande vantagem do sistema encontra-se justamente na possibilidade de controles recíprocos, o que impede a autocracia e a predominância de um dos poderes sobre os demais. Dessa maneira, não há uma separação estrita, podendo ser aceitas interpenetrações de funções, desde que o núcleo mínimo do princípio permaneça respeitado.

Trata-se da aplicação da já mencionada doutrina dos freios e contrapesos, que justifica a conclusão de que caso um dos poderes não exerça sua atividade a contento, pode outro Poder vir a controlar esta má atuação.

Nesse sentido, o Mandado de Injunção se apresenta como um instrumento de que o Poder Judiciário pode se valer para controlar a inatividade dos demais poderes. Seus efeitos constitutivos aplicáveis de imediato ao caso concreto não acarretam nenhum tipo de sobreposição do Judiciário, mas tão somente a verdadeira realização da doutrina dos *checks and balances*. Isto porque a aplicação e a efetivação das normas constitucionais são funções que cabem ao Estado, o qual deverá desempenhá-las através de seus Poderes Constituídos. Por sua vez, a nenhum dos Poderes do Estado é lícito descumprir tal dever, que caso venha a ser inobservado ou desempenhado a descontento por algum, estará sujeito ao controle dos demais, desde que autorizados pelo sistema constitucional.

A expressa autorização constitucional para que o Poder Judiciário venha a exercer o controle da omissão normativa dos demais poderes, por meio do Mandado de Injunção, está inegavelmente prevista na norma que disciplina este remédio constitucional, o inciso LXXI do Artigo 5º.

Cabe destacar a assertiva de BARRETO e SILVA FILHO (1991: 44), por se aplicar muito bem ao presente raciocínio:

Compete aos Poderes Constituídos, inseparavelmente, a efetivação, no mundo fático, das normas constitucionais. A todos eles incumbe este dever. E o cumprem integrados em objetivo (fim), mas independentes em sua consecução (meio). Todavia, a independência dos Poderes Constituídos não permite que um ou mais deles se abstenham de fazer o que estão constitucionalmente adstritos. Na falta de atuação destes, principalmente do Legislativo e do Executivo (aos quais cabe ditar o destino social, político e

econômico do País), o Judiciário, mediante a ordem de injunção, deverá cumprir o objetivo estabelecido pela norma constitucional e atuar como Poder Integrado de objetivação dos fins, e, não, como Poder Independente de consecução dos meios.

Com efeito, é dentro do sistema de controles recíprocos que deve ser encarado o papel desempenhado pelo Poder Judiciário no Mandado de Injunção. Através da decisão concretista com efeitos *inter parts* e imediatos, o órgão jurisdicional realiza a interpretação do direito constitucional suscitado pelo impetrante e, buscando solucionar o caso concreto, dá uma sentença que fornece os parâmetros necessários à viabilização do exercício daquele direito, naquela situação. Mas, tal atividade não ocorre de forma aleatória, procedendo-se somente quando o controle sobre a inércia do Poder competente para realizar a atividade regulamentadora se faz necessário.

Não se configura como faculdade atribuída ao Poder Legislativo ou ao Poder Executivo a determinação constitucional de regulamentação dos direitos previstos em normas de eficácia limitada. Trata-se de dever regulamentar imposto pela Constituição, servindo o Mandado de Injunção como forma de controle do cumprimento dessa obrigação, com vistas a evitar que os beneficiários do direito previsto na norma tenham o exercício deste postergado indefinidamente. Assim, fica descartado o argumento de uma suposta tentativa de ingerência do Poder Judiciário sobre as atividades discricionárias dos demais Poderes, que poderia vir a ser causada pela decisão constitutiva *inter parts* e imediata em Mandado de Injunção.

Ressalte-se que a fonte do direito subjetivo do impetrante não é a sentença proferida pelo juiz no julgamento do *writ*, mas a própria norma constitucional de eficácia limitada. O direito para o qual se busca apenas o exercício, através do Mandado de Injunção, já está previsto na Constituição, não havendo criação por parte do juiz. Segundo PFEIFFER (1999: 111), "não se trata, assim, de uma função criadora de direito inexistente, mas de uma criativa utilização do ordenamento jurídico para implementação de um direito positivado na Constituição".

DALLARI (1993: 434) confirma o entendimento acima, afirmando que:

[...] ao conceder o mandado de injunção o juiz já dispõe de uma norma de direito positivo, que é o artigo da Constituição reconhecedor do direito ou da prerrogativa, devendo apenas complementá-lo para viabilizar a aplicação ao caso que lhe for submetido.

Dessa forma, apresentam-se plenamente conciliáveis o Artigo 5º, inciso 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) e o inciso XXXV do mesmo Artigo (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), com o Artigo 2º (São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário), todos da Constituição Federal.

O Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional, deverá evitar a ameaça ou a lesão a direitos, liberdades ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, decorrentes da omissão regulamentadora do Poder competente. Para que isso seja levado a efeito da melhor maneira, o órgão jurisdicional terá de agir em consonância com o posicionamento concretista de efeitos *inter parts* e imediatos na sua decisão injuncional, declarando a existência da omissão e permitindo que o prejudicado usufrua da norma constitucional, nos moldes previstos na decisão.

Percebe-se, entretanto, que, embora a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal venha ainda a negar o efeito concretista da decisão em Mandado de Injunção, já existem julgados em sentido contrário, que adotam tal efeito.

A título de exemplo, vale mencionar a decisão proferida no julgamento do Mandado de Injunção nº 439-1/RJ, que teve como relator o Ministro Moreira Alves, na qual se adotou parcialmente a decisão concretista, para autorizar, desde logo,

aos beneficiários da norma do Artigo 8º, parágrafo terceiro, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988, a possibilidade de ajuizamento de ação de reparação econômica dos prejuízos que tenham sofrido por conta da inércia do Poder Legislativo em regulamentar o preceito, que dispunha:

Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição. (grifo nosso).

Esta é apenas uma demonstração de uma possível mudança no entendimento do Pretório Excelso sobre a decisão em Mandado de Injunção, que se espera que seja amplamente adotada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Mandado de Injunção constitui uma das inovações trazidas com a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, não estando evidenciado em nenhuma das Cartas anteriores.

Entretanto, mesmo caracterizando-se como instituto recente do Direito Constitucional, o *writ* presente no Artigo 5º, inciso LXXI, já possui requisitos delimitados e finalidade específica, que foram sendo delineados por suas fontes legais, doutrinárias e jurisprudenciais.

O objeto do Mandado de Injunção já aponta, de forma nítida, seu importante papel como remédio constitucional: garantir o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, que constem de normas com eficácia limitada, cuja efetividade plena fica dependente de uma regulamentação infra-constitucional. Sobre esse aspecto, foi feliz o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que basta o assento constitucional do direito, estabelecido em norma de aplicabilidade limitada, cujo exercício se encontre inviabilizado pela ausência de regulamentação, para a admissibilidade do *writ*.

Na tutela da efetividade de direitos dependentes de regulamentação, a função atribuída ao Mandado de Injunção pela Constituição ganha ainda mais relevo quando tais direitos estão incluídos entre os fundamentais, presentes no Título II da Lei Maior, tendo em vista a magnitude e indispensabilidade que estes alcançaram dentro do ordenamento constitucional, não havendo justificativas suficientes para que a omissão regulamentadora do Poder Público torne seu exercício inviável.

A falta de regulamentação, por parte do Poder Público competente, das normas constitucionais que demandam atuação legiferante é tão grave, que se caracteriza como inconstitucionalidade por omissão, estando o Mandado de Injunção, ao lado da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, como instrumento apto a combater esta inércia.

Embora se assemelhem quanto ao objetivo mediato colimado, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão possuem importantes diferenças, posto que não haveria motivos para se fazer constar na Constituição Federal dois institutos idênticos.

Tais garantias constitucionais diferem quanto aos seus fundamentos normativos, aos seus legitimados ativos e passivos, quanto à competência para o julgamento, mas, é em relação à abordagem do objeto, aos efeitos processuais e à finalidade, que vão residir as diferenças mais sutis e importantes entre o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

O Mandado de Injunção é destinado à tutela de um direito subjetivo, visando à sua concretização, enquanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão visa à tutela de norma constitucional, desempenhando o Poder Judiciário, nesse caso, um controle político, através do qual emite uma censura ao órgão omissor. Assim, a própria Constituição Federal determina nitidamente a distinção entre os dois instrumentos processuais, que possuindo finalidades diversas, não podem ter o mesmo efeito.

O Mandado de Injunção se presta a ter efeitos práticos mais eficientes e imediatos do que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, para resguardar a efetividade de direitos constitucionais desafiantes de medidas normativas estatais. Isto se torna evidente quando se percebe que a decisão de provimento dada pelo Poder Judiciário na Ação Direta de Inconstitucionalidade por

Omissão só poderá ser declaratória, oficializando a inconstitucionalidade negativa praticada e informando-a ao Poder competente para que tome as providências necessárias, sem, contudo, ter efeitos concretos. No entanto, no caso do Mandado de Injunção, a ação impetrada não visa provocar o Judiciário a buscar a regulamentação, tampouco legislar, mas tão somente a aplicar a norma ao caso concreto, tornando viável a fruição imediata do direito. E é nesse sentido que o Poder Judiciário deverá agir, quando houver o deferimento de uma ação injuncional.

Todavia, o posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal é contrário a tal entendimento, vindo a adotar os efeitos não concretistas para o provimento do Mandado de Injunção, o que torna sua finalidade idêntica à da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Os argumentos sustentadores do referido posicionamento são, contudo, falhos e desembasados, pois colocam o Princípio de Separação dos Poderes do Estado como obstáculo à decisão concretista em Mandado de Injunção, alegando que esta decisão provocaria sobreposição do Poder Judiciário aos demais Poderes, por usurpação de funções.

Porém, a interpretação atual do Princípio de Separação dos Poderes, que se formou ao longo dos tempos, não representa qualquer entrave ao acolhimento de uma decisão constitutiva, de efeitos *inter parts* e imediatos para o provimento do Mandado de Injunção. Através dela, o Poder Judiciário estaria apenas realizando seu dever de Jurisdição, afastando a lesão ou a ameaça a direitos, decorrente da omissão regulamentadora do Poder competente.

Ademais, a principal característica desse princípio na atualidade diz respeito à função de controle que cada um dos Poderes exerce sobre os demais, fiscalizando o modo como são desempenhadas suas funções preponderantes. Nesse sentido, o Mandado de Injunção se apresenta como um instrumento de que o

Poder Judiciário pode se valer para controlar a inatividade dos demais poderes. Seus efeitos constitutivos, aplicáveis de imediato ao caso concreto, não acarretam nenhum tipo de sobreposição do Poder Judiciário, mas tão somente a verdadeira realização da doutrina dos freios e contrapesos.

Frise-se, ainda, que a Hermenêutica Constitucional ensina que não existem antinomias normativas insuperáveis na Constituição, determinantes da exclusão ou total ineficácia de uma norma constitucional em detrimento de outra. Assim, não se pode olvidar que sejam totalmente compatíveis o Art. 5º, inciso LXXI, com o Art. 5º, inciso XXXV, e estes com o Art. 2º, todos da Constituição Federal.

Dessa forma, a decisão de provimento do Mandado de Injunção que mais se adequa a sua finalidade constitucional é a que determina, de imediato, as condições de fruição do direito buscado pelo impetrante, no caso concreto.

Embora já existam posicionamentos de alguns Ministros da Suprema Corte nesse sentido e até julgados que acolheram a referida decisão, percebe-se claramente o quão importante seria a adesão ampla a este entendimento, que viria a realizar todas as potencialidades do Mandado de Injunção e permitir-lhe a guarda da força normativa da Constituição sem ferir qualquer de seus preceitos, contribuindo sobremaneira para sua efetivação.

REFERÊNCIAS

BACHA, Sérgio Reginaldo. **Mandado de injunção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BARBI, Celso Agrícola. **Mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

BASTOS, Celso Ribeiro Seixas. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 7. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Teoria do estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil – coleção saraiva de legislação. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Os direitos fundamentais na constituição brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 88, p. 410-434, 1993.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 89, p. 51-52, jan./mar. 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

JSTF – LEX. **Mandado de injunção nº 296-7**. Brasília, v. 163, p. 87-99.

MAGALHÃES, Antônio Cristiano de Carvalho. Breves notas sobre o processo constitucional brasileiro e os mecanismos judiciais para aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. **Revista Diálogo Jurídico**, Fortaleza, n. 4, p. 259-277, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 2000. v. 1.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005 *a*.

_____. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005 *b*.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de injunção. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 56, p. 112-123, out./dez. 1989.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. Brasília, n. 133, p. 11-33, jul. 1990.

_____. Brasília, n. 144, p. 400-403, abr. 1993.

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

SANTOS, Boaventura de Souza. **O estado, as relações salariais e o bem-estar social na semiperiferia: o caso português**. Coimbra: Mimeo, 1992.

SIDOU, José Maria Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, ação popular – as garantias ativas dos direitos coletivos**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. **Destinação e utilidade do mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão ADIn nº 19. **Diário de Justiça da União de 14 de abril de 1989**. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 12 dezembro 2006.

_____. Acórdão Mandado de Injunção nº 439-1/RJ. **Diário de Justiça da União de 19 de dezembro de 1994**. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 12 março 2007.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Constituição e processo (questões polêmicas): a nova feição do mandado de injunção. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 100, p. 169-178, out./dez. 1991.

_____. Controle externo do poder judiciário e controle de qualidade do judiciário e da magistratura – uma proposta. **Revista da Associação dos Magistrados Mineiros**, Belo Horizonte, v. 23, p. 9-27, jun. 1994.