

A RESSURREIÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: OS EFEITOS DO WRIT EM FACE DA SEPARAÇÃO DOS PODERES*

Gabriel Machado Nidejelski**

“O mandado de injunção (...) é uma ação constitucional, mas uma ação que se inscreve no sistema de freios e contrapesos para favorecer, justamente, o Poder Judiciário. O mandado de injunção é um mecanismo extremamente prestigiador do Poder Judiciário, habilitando este Poder a, heterodoxamente embora, atuar ali nos flancos, ali no espaço vago deixado intencionalmente pelo Poder Legislativo”.

(Trecho do voto proferido pelo Ministro Carlos Ayres Britto, em 25 de outubro de 2007, no julgamento do Mandado de Injunção nº 712 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal).

RESUMO: O presente artigo tem por escopo central examinar a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o mandado de injunção, notadamente no que se refere aos efeitos da decisão concessória do writ em face do princípio da separação dos poderes, tudo à luz da nova hermenêutica constitucional. A relevância do tema avulta tendo em conta que a teoria das omissões inconstitucionais – em especial o controle de constitucionalidade da omissão – consiste em questão cuja abordagem científica é bastante novédia em nossa comunidade jurídica, até porque só foi contemplada no ordenamento brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1988, que instituiu o mandado de injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão como instrumentos vocacionados ao combate da chamada *síndrome da inefetividade das normas constitucionais*, a qual sempre se seguiu ao momento constituinte em virtude de grave problema que acomete o Direito Constitucional pátrio desde priscas eras: a constante inércia do legislador comum em regulamentar os direitos inscritos em preceitos constitucionais despojados de auto-aplicabilidade. Nesse norte, vê-se que o ponto fulcral na controvérsia do mandado de injunção concerne precisamente ao princípio da separação dos poderes e seus desdobramentos jurídico-constitucionais, dado que para alguns doutrinadores o Supremo Tribunal Federal, em sua recente jurisprudência sobre o tema, estaria violando a referida cláusula pétrea ao suprir de imediato o vazio legal deixado pelo Legislativo e implementar o direito carecedor de norma regulamentadora, com eficácia *erga omnes* inclusive, em possível usurpação de competência exclusiva do órgão legiferante. Procurou-se, pois, por meio deste estudo, verificar se há real ofensa à separação dos poderes na atual jurisprudência do Supremo sobre os efeitos do mandado de injunção, ou alguma outra colisão de princípios constitucionais que dela resulte.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de Injunção. Omissões Inconstitucionais. Poder Judiciário. Poder Legislativo. Separação dos Poderes. Direitos Fundamentais. Força Normativa da Constituição.

* Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovação com grau máximo pela banca examinadora composta pelo orientador, Prof. Me. João Paulo Veiga Sanhudo, Prof. Me. Fábio Melo de Azambuja e Prof. Me. Marcelo Vicentini, em 17 de junho de 2010.

** Acadêmico da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: gabrielnid@gmail.com.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Breves apontamentos sobre o histórico do mandado de injunção – 2. Aspectos materiais e processuais do remédio injuntivo – 3. A atual inteligência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre os efeitos da decisão concessória da injunção ante a separação dos poderes – Considerações finais – Referências

INTRODUÇÃO

É de clareza solar que o traço estruturante da vigente Lei Fundamental repousa no reforço à democracia, na alterosa valorização dos direitos fundamentais e na fixação de mecanismos constitucionais hábeis a garantir a fruição desses direitos. Nessa toada, observa-se que as garantias constitucionais não se limitam unicamente a assegurar o exercício de um direito ou prerrogativa constitucional: vão além, uma vez que também contribuem para a concretização do texto constitucional no bojo da sociedade, proporcionando, com isso, o acesso a uma ordem jurídica justa e democrática, informada pelo sumo princípio da legalidade. Em outros termos, ao serem estatuídos remédios constitucionais tendentes à proteção de direitos fundamentais, tutela-se não só a primazia destes no ordenamento jurídico, mas também, por via reflexa, a própria força normativa da Constituição no corpo social, sem a qual seus princípios e normas correm o risco de transmutarem-se em letra morta.

Dentro dessa perspectiva é que surgiu o mandado de injunção, na qualidade de instrumento processual destinado a conferir efetividade à Carta Política e a combater a denominada *síndrome da inefetividade das normas constitucionais*, que sempre se seguiu aos momentos constituintes de nossa história jurídico-política em razão da omissão sistemática do legislador pátrio em fazer atuar direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais que, por imperativos da Lei Maior, reclamavam integração legislativa para serem exercidos por seus titulares.¹ O *writ* emerge, pois, como uma garantia fundamental apta a afastar o vício omissivo do Poder Legislativo, provocando o exercício do dever legiferante que lhe é constitucionalmente cometido, mormente quando a observância dessa exigência constitucional se afigura necessária e quando haja direitos fundamentais postos em causa.

Assim, verifica-se que a ação constitucional *sub oculis* veio a lume para desempenhar relevante função no contexto sócio-político em que a atual comunidade brasileira se encontra. Serve como meio que possibilita o desfrute dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cuja exercibilidade resulte empecida em face da omissão do legislador ordinário em editar a norma da qual esses direitos e vantagens constitucionais dependem para assumir a plenitude de seus efeitos. Além de afrontosa ao primado principiológico que a Carta da República imprimiu à tutela dos direitos fundamentais, a omissão legislativa também perturba a harmonia do sistema jurídico e promove no cidadão uma sensação de insegurança quanto à inércia inconstitucional do Poder Legislativo.

1 BARROSO registra que “o mandado de injunção foi criado pelo constituinte de 1988 em atendimento ao reclamo generalizado pela busca de uma maior efetividade das normas constitucionais, que, em regimes passados, pereciam, desvalidas, por inércia do legislador em regulamentar os direitos delas decorrentes”. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**, 5ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 247.

Ademais, a questão apresenta-se ainda mais candente à medida que, hodiernamente, nosso Poder Legislativo resta cada vez mais abarrotado por uma plethora de projetos e anteprojetos de leis a serem apreciados, bem como com uma missão de legisferar em processo legislativo assaz moroso e burocrático e, não obstante, tem de cumprir com sua função constitucional típica ao mesmo tempo em que enfrenta grave crise política. Fatores como esses transformam o Legislativo pátrio no berço de diversas omissões inconstitucionais, as quais acabam sendo objeto de julgamento pelo Poder Judiciário.

A despeito do louvável papel para cujo exercício o mandado de injunção foi engendrado, acabou-se verificando que a interpretação jurisprudencial primeiramente dada ao instituto empobreceu sobremaneira as suas potencialidades tutelares, pois que confundia seus efeitos práticos com os da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, cujo âmbito de controle é naturalmente diverso. Aparentemente à margem do que intentaram os constituintes com a criação do *writ*, a incipiente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal compreendeu que, ao julgar procedente a ação, só cabia ao Poder Judiciário declarar a inércia inconstitucional do Poder Legislativo e notificá-lo para que elaborasse a norma regulamentadora da qual dependia o direito postulado para ser exercido, por ser-lhe defeso conceder o desfrute imediato desse direito, sob pena de afronta ao princípio maior da separação dos poderes.

Ocorre que, não raro, após a comunicação formal do Supremo, subsistia a inércia do Poder Legislativo em expedir a norma reguladora do direito pleiteado via mandado de injunção, de forma que persistente a situação de inviabilidade do exercício daquele direito pelo impetrante e, por consequência, sedimentada a própria inoperância do remédio constitucional.

Em linha evolutiva, a Corte Constitucional, atendendo a clamores sociais e doutrinários, acabou por romper radicalmente com essa interpretação, que perdurou por quase vinte anos em sua jurisprudência. Visando imbuir a decisão concessória da injunção de maior eficácia, o Supremo não mais se limitou a apenas declarar a omissão legislativa, passando a fixar prazo ao órgão responsável para que elaborasse a norma faltante, sob pena de, vencido o prazo estipulado sem a edição da norma requerida, passasse o impetrante a gozar do direito pela própria via judicial. Mais tarde, avançou em seu entendimento e começou a concretizar, *incontinenti*, direitos constitucionais pendentes de regulamentação estatal, com eficácia *erga omnes* inclusive.

Malgrado haver quem proclame, com isso, a renascença do mandado de injunção na ordem jurídica brasileira², não mais visto como um remédio inoperante e sim como verdadeira ação concretizadora de direitos fundamentais pendentes de regulamentação infraconstitucional, o novel paradigma jurisprudencial entabulado pelo Excelso Pretório é hoje objeto de calorosas alterações doutrinárias, sendo-lhe endereçadas diversas críticas em virtude da eventual atividade legisferante que o Judiciário estaria exercendo ao proferir decisões com feição normativa, genérica e abstrata, em possível usurpação de competência exclusiva do Poder Legislativo.

À proporção que o Supremo Tribunal Federal, para muitos em grande avanço jurisprudencial, tenta revestir o mandado de injunção de um caráter instrumental que, no

2 DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira; RIBEIRO, Fernando José Armando. O renascimento do mandado de injunção. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 10, n. 15, p. 131-156, jan./dez. 2008, p. 151.

plano prático, venha realmente a efetivar direitos fundamentais – o que jamais fora visto –, mostra-se, a outros, que o Pretório Excelso estaria extrapolando os limites de sua atribuição judicante e, *ipso facto*, infringindo a cláusula da separação dos poderes, sob o fundamento de não lhe ser dado aplicar, à espécie, direito carecente de norma genérica e abstrata, cuja edição competiria unicamente ao Poder Legislativo.

1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O HISTÓRICO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Densa polêmica doutrinária começa a exsurgir quando se indaga a propósito da origem do mandado de injunção e de seus aspectos históricos em sede de Direito Comparado.

De acordo com MACHADO,³ muito se auscultou sobre a possibilidade de o mandado de injunção brasileiro ter substrato histórico em outros sistemas jurídicos, acreditando parcela da doutrina que o mesmo houvera sido importado da tradição jurídica anglo-saxônica, com berço primevo no sistema da *equity*.⁴ Conforme cediço, a jurisdição de equidade foi ideada como meio de conferir à administração da justiça um nível tal de inteireza que pudesse amparar situações a que a lei ou o sistema do direito comum não outorgaram a devida tutela jurídica.⁵ Concerne a um julgamento que prescinde da lei positiva e que apenas reclama a apreciação equânime da matéria de fato e de direito deduzida em juízo, “sempre que a norma se afigura incompleta ou insuficiente para solucionar, com justiça, determinado caso”.⁶

Dessa forma, a *injunction* inglesa insere-se dentro do arcabouço de garantias da *equity*, operando, todavia, funções bem mais amplas que a injunção pátria.⁷ De igual sorte, a injunção norte-americana também possui emprego bastante lato no sistema jurídico estadunidense: ora serve como provimento de natureza cautelar, ora é utilizada como provisão em caráter definitivo, ora dela lançam mão para refrear certos abusos perpetrados por autoridades públicas e prevenir violação a prerrogativas constitucionais, bem como para incitar a observância de normas constitucionais, de leis ou até mesmo de obrigações contratuais, cuja exigibilidade seja estreme de dúvidas. Conseqüentemente, presta-se a retificar multifárias situações para as quais não se encontra remédio tão eficiente e célere.⁸

Rumando por vereda diversa, alguns autores ventilam a possibilidade de a injunção

3 MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 47-59.

4 Perfilhando esse entendimento, entre outros: SILVA, José Afonso da. Mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Mandados de segurança e de injunção**: estudos de direito processual constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 397; ACKEL FILHO, Diomar. Mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 77, n. 628, p. 423-425, fev. 1988, p. 423; BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 598.

5 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de Injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 32.

6 PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. Instrumentos processuais de garantia no direito dos Estados Unidos da América. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 14, n. 54, p. 343-361, jan./mar. 2006, p. 353.

7 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Opere citato*, p. 32. Verifica-se, portanto, que a *injunction* inglesa exerce múltipla função e, diferentemente do mandado de injunção brasileiro, não tem seu campo de atuação jurídica circunscrito à colmatagem de lacunas legislativas e à proteção de direitos subjetivos cujo exercício se ache obstaculizado por inércia legislativa.

8 PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. *Opus citatum*, p. 353.

brasileira deitar raízes no Direito Processual tudesco.⁹ Suscitam que o nosso mandado de injunção promanaria da denominada *Verfassungsbeschwerde* – ou recurso constitucional alemão –, que constitui ação proponível por aqueles que tenham sofrido violação, por parte do Poder Público, de um direito fundamental ou de um dos direitos encartados nos artigos 20, seção IV, 33, 38 e 101 a 104 da Carta Magna da Alemanha.¹⁰ A referida ação constitucional alemã é usada em larga escala para impugnar tanto ações como inações de agentes públicos, caso resulte provado que da ação ou omissão decorreu lesão concreta a direito do demandante, cuja disciplina deve necessariamente se enquadrar no rol sobredito.¹¹

De outra parte, na dogmática processual civil italiana também se encontra instrumento de *nomen juris* análogo, ainda quando suas finalidades não guardem similitude qualquer com o mandado de injunção brasileiro. Cuida-se da chamada *ingiunzione*, cujo manejo colima, em suma, atingir decisão condenatória mais célere e eficazmente, bem como exigir créditos tributários por meio de procedimento especial que dispensa título executivo.¹² Vê-se, nesse diapasão, que a injunção italiana serviu, em verdade, de modelo histórico para a inauguração do procedimento monitório no Direito brasileiro, enquanto segmento da tutela jurisdicional diferenciada sumária, cujo objetivo principal é alcançar o título executivo antecipadamente, encurtando a atividade cognitiva do juiz e evitando o moroso trâmite que o procedimento comum ordinário reclama para a formação do título executivo judicial.¹³

Alusão há que ser igualmente feita à figura da *injonction*, situada no sistema jurídico da França, possuindo aplicação tanto no campo do Direito Administrativo como do Direito Civil francês. Naquele, é utilizada como uma ordem de fazer, emitida por um magistrado contra uma pessoa de Direito Público; neste, vale como determinação expedida às partes, advogados, auxiliares da Justiça e procuradores da Corte de Apelação, para estimular a pontualidade destes ou inibir atos que estorvem o exercício adequado da função jurisdicional. É usada, ainda, na seara processual cível, para cobrança de pequenas quantias creditórias de índole civil e comercial, compelindo o devedor a pagar o débito mediante procedimento bastante simplificado (*injonction de payer*)¹⁴.

No entanto, notáveis juspublicistas propugnam que os constituintes de 1987/1988 buscaram inspiração na Ação de Inconstitucionalidade por Omissão do Direito português para elaborar o remédio constitucional aos moldes das necessidades brasileiras.¹⁵ Releva

9 Esposando tal entendimento, entre outros: DUARTE, Marcelo. Mandado de injunção. **Revista Jurídica Mineira**, v. 7, p. 35-44, jun. 1990, p. 35-36; MACIEL, Adhemar Ferreira. Conjecturas sobre o mandado de injunção. **Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral**, v. 1, n. 6, p. 18-21, jul. 1989, p. 20. Por sua vez, STRECK retorque tal entendimento ao asseverar que “o recurso constitucional alemão em questão é um meio de controle de constitucionalidade, tendo a natureza de ação direta de inconstitucionalidade”. STRECK, Lênio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro: análise crítica e perspectivas políticas**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991, p. 20.

10 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de Injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 34.

11 *Idem, ibidem*.

12 MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da Constituição**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 53.

13 MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Opus citatum*, p. 53-54.

14 MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da Constituição**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 54-55.

15 SARAIVA, Paulo Lopo. O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional. **Revista de**

anotar que a inconstitucionalidade por omissão do Direito lusitano assume traços peculiares, visto que o alvo das obrigações constitucionais de legislar, cujo descumprimento implica inconstitucionalidade por omissão, é tão-só o legislador português (AR, Governo, assembleias regionais), e seus efeitos adstringem-se ao simples reconhecimento da omissão legislativa do órgão pelo Tribunal Constitucional.

Importante observar, nessa esteira, que o instrumento português se aproxima muito mais da nossa Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, eis que instituto tendente à salvaguarda objetiva do ordenamento constitucional português e de sua correspondente pujança normativa perante a sociedade, através de fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão.¹⁶

Ante essa brevíssima digressão no Direito Comparado, é possível inferir que o mandado de injunção nacional, nos moldes normativos em que instituído, é instrumento de criação genuinamente brasileira, sem precedentes idênticos nos sistemas jurídicos estrangeiros.¹⁷

Com efeito, o mandado de injunção pátrio consiste em instrumento processual que, erigido à condição de garantia fundamental, foi instituído pelo constituinte com o objetivo específico de viabilizar ao cidadão o desfrute concreto dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, que tivessem o seu exercício obstruído em função da ausência de norma reguladora. Segundo pontifica CANOTILHO, é “ação constitucional de defesa contra omissões normativas”,¹⁸ cabível somente quando há direito de assento constitucional que não pode ser usufruído devido à falta de lei ou ato normativo infraconstitucional ainda não elaborado pelo órgão competente, e do qual depende a norma constitucional para a plena produção de seus efeitos.

A injunção brasileira não se reveste da mesma largueza protetiva que se vislumbra na *injunction* do direito anglo-americano. Deveras, a similitude entre os institutos diz muito mais com a raiz etimológica de seus nomes do que propriamente com as funções que exercem, posto que a injunção brasileira restringe-se somente a uma das múltiplas hipóteses de cabimento da injunção anglo-americana.¹⁹ Também não há que se falar em

Informação Legislativa, Brasília, v. 27, n. 108, p. 77-92, out./dez. 1990, p. 81; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Mandado de segurança, mandado de injunção e institutos afins na Constituição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 143-196, p. 170.

16 MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 57.

17 É nessa linha intelectual que parece se formar a doutrina majoritária. Cf., *verbi gratia*, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 324; TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 895; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 59; BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira, 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 248; PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 178.

18 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanção de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, p. 351-367, 1993, p. 363.

19 Nessa senda é a percuciente glosa de SARAIVA, ao referir sobre a simples cópia nomenclatural efetuada pelos legisladores constituintes e a tautologia que disso defluiu, *ipsis litteris*: “(...) a palavra 'injunção' surge por cópia, pura e simples, da nomenclatura contida no direito anglo-americano, portanto, sem

identidade material, processual, funcional e tampouco nominal entre a injunção alemã e a brasileira, porquanto aquela presta-se a afastar ilícitos governamentais que infrinjam um elenco taxativo de direitos constitucionais, ao passo que esta tutela todo aquele direito ou prerrogativa que possua natureza constitucional.

Como visto, na injunção italiana (*ingiunzione*) é que se inspirou o legislador ordinário para a implantação do procedimento monitório no processo civil brasileiro, não havendo vinculação qualquer – afora a semelhança nominal – entre o instituto e o remédio constitucional brasileiro. Do mesmo modo em relação à *injonction* do Direito francês, que enseja provisões judiciais de cunho tanto mandamental-policial como genérico, possuindo maior abrangência que o *writ* brasileiro.

Outrossim, a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão portuguesa possui disciplina constitucional e efeitos quase idênticos aos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão do Direito brasileiro, prevista no art. 103, § 2º, da Constituição Federal.²⁰ Trata-se de instrumentos concernentes à esfera do controle concentrado de inconstitucionalidade por omissão, com contornos distintos do mandado de injunção.²¹

Dessarte, constata-se que o mandado de injunção possui notas particulares que o distanciam de institutos que, conquanto parecidos, não comungam da mesma estrutura, dos mesmos aspectos e dos objetivos restritos que envolvem o remédio brasileiro.

Gize-se, de outra banda, que, malgrado sujeito a um processo legislativo custoso e eminentemente político, o mandado de injunção foi concebido em um regime jurídico diametralmente oposto ao antecedente. É dizer, proveio de idealizações e de debates encadeados no seio de uma ANC que se empenhava para a promulgação de uma Constituição definitivamente cidadã, com matriz ideológica antitotalitária e destinada ao entabulamento de um sistema jurídico democrático e claramente voltado à tutela máxima dos direitos fundamentais. Assim, a Constituinte de 1987/1988 e, por consequência, o mandado de injunção, são exemplos iniciais da nova dogmática constitucional que medraria a partir de 1988, modernamente compromissada com a otimização do desenvolvimento social e com a concretização dos direitos fundamentais.²²

HAGE sinaliza para o caráter pluralista, democrático e participativo dos membros da ANC quando da elaboração da redação hoje estampada no inciso LXXI do art. 5º da *Lex Fundamental* vigente, *suis verbis*:

nenhuma cientificidade. Destarte, é lícito afirmar que a palavra injunção, pleonástica, sem a menor dúvida, surge na nova Constituição por aquilo que chamamos de 'acidente vocabular'. (...) Como estava previsto, há muitos autores desavisados gastando 'seu inglês' com o mandado de injunção, quando, na verdade, **a ação injuntiva brasileira nada tem de ligação com o writ of injunctio**. Nem na origem. Nem no conteúdo. Nem na forma. Nem no nome". SARAIVA, Paulo Lopo. O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 27, n. 108, p. 77-92, out./dez. 1990, p. 79-80. (Grifou-se)

20 Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...) § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

21 MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 57.

22 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, 3. ed. revista, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 46-47.

As propostas que vieram a resultar no atual texto do inciso LXXI do art. 5º (mandado de injunção) surgiram de vários lados e foram apresentadas, mais ou menos simultaneamente, por diversos constituintes. Representavam elas, no fundo, um autêntico anseio, perceptível na sociedade brasileira, de encontrar remédio para a já tradicional e incômoda inércia do legislador ordinário, que sempre se seguia ao momento constituinte, ao longo da nossa história. Tal inércia em regulamentar as normas constitucionais que disso necessitavam (ou que assim eram entendidas) para obter aplicabilidade plena, acabava por frustrar, sistematicamente, as expectativas geradas pela nova Constituição, tornando letra morta muitas de suas mais promissoras normas.²³

Outrossim, o preclaro constitucionalista relembra que, depois de questionável vaivém legislativo, e de mudanças textuais discutíveis, foi na própria Comissão de Redação em que culminou por se esvaír da regra instituidora do mandado de injunção a parte referente à competência jurisdicional²⁴, restando o dispositivo com a redação final que hoje vigora.

Sem embargo, importa destacar que já havia sólida preocupação dos constituintes com a inércia legislativa sempre subsequente às promulgações constitucionais de nossa história jurídico-política, a qual culminava em tornar muitos dos direitos previstos na Lei Maior em meras declarações formais desprovidas de efetividade.²⁵ Induvidoso é que a Constituição, “obra do Poder Constituinte, ao dar estrutura jurídica ao Estado, visa ser efetivamente observada, cumprida e aplicada”.²⁶ Todavia, imperioso indagar de que “adianta que a Lei Suprema do País declare, expressamente, o direito, por exemplo, à educação ou à saúde, se o Estado não é compelido a pôr em prática o mandamento constitucional?”²⁷

Assim, o mandado de injunção surgiu como instrumento de controle concreto da omissão inconstitucional do Poder Legislativo ou de outro órgão com poder regulamentar, incumbindo tal controle ao Poder Judiciário. Cuida-se de garantia fundamental tendente a viabilizar o exercício de direito ou prerrogativa constitucional pelo cidadão em determinado caso concreto, tratando-se de processo subjetivo propriamente dito, que assegura ao jurisdicionado bem jurídico que só não pôde ser usufruído em razão da inobservância, por um dos Poderes constituídos, de um dever constitucional de legislar.

Por outro lado, é válido consignar que a simples previsão constitucional, impositiva

23 HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**: uma apreciação da jurisprudência do STF sobre o mandado de injunção, à luz da doutrina contemporânea. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 120.

24 HAGE, Jorge. *Op. Cit.*, p. 124-125.

25 MAIOR FILHO enuncia que “há de se esperar que a inércia do Poder Legislativo não possa fazer com que nossa Carta Magna se torne um 'manual das boas intenções' ou, por que não dizer, autêntica letra morta. Seria uma excrescência imaginar assim. É jogar por terra os princípios basilares do nosso Estado Democrático de Direito. O que espera o legislador é que tais princípios ou direitos sejam cumpridos ou fruíveis a qualquer custo, e que a discricionariedade não vire arbitrariedade”. MAIOR FILHO, Marcos Antônio Souto. Mandado de injunção. **Consulex**: Revista Jurídica, v. 5, n. 108, p. 31-35, jul. 2001, p. 32.

26 Excerto retirado da Justificação da Sugestão nº 156-2, do Senador Virgílio Távora, versante sobre a proposta de disposição constitucional explicitadora do que se entendia por inconstitucionalidade por omissão. Consultado no Anexo A da obra de MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 149.

27 Trecho extraído da Justificação da Sugestão nº 367-1, do Senador Ruy Bacelar. Consultado no Anexo A da obra de MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 150-151.

de um dever a qualquer dos Poderes Políticos, seja no sentido de implementar uma ação ou tarefa de hierarquia constitucional, seja no propósito de exercer sua função principal – como é o caso do Legislativo no mandado de injunção –, já é mais do que suficiente para que o órgão se curve à exigência normativa, porquanto dimanante da vontade suprema do ordenamento jurídico. HAGE dilucida a questão nos seguintes termos:

Ora, se assim é, faz-se evidente que a observância desse dever dispensaria mesmo a previsão de um instrumento processual específico. Em outras palavras, não é apenas porque o constituinte de 1988 criou um instrumento específico, no inciso LXXI do art. 5º, que o Judiciário tem o dever constitucional de prestar a jurisdição quando um direito fundamental de alguém seja violado pela omissão do legislador ordinário. Com ele, ou sem ele, tal dever existiria. (...)

De tudo se conclui que, embora importante o novo instrumento criado, mais importante ainda é a **consolidação da ideia de que a omissão inconstitucional pode atingir e costuma violar direitos fundamentais dos jurisdicionados; e que a isso não pode ficar indiferente o Poder Judiciário, seja a que pretexto for.**²⁸ (Grifo do autor)

A primeira leitura jurisprudencial do remédio constitucional na Suprema Corte brasileira vem plasmada no Mandado de Injunção nº 107-DF, o qual é doutrinariamente conhecido como o *leading case* na matéria. Importante frisar que foi a partir dessa incipiente inteligência jurisprudencial que começou a ganhar maior relevo a cerrada polêmica existente à volta da garantia constitucional, em especial com relação aos efeitos da decisão injuntiva. Em verdade, em torno da natureza e do alcance da decisão concessória da injunção é que gravita a *vexata quæstio* doutrinário-jurisprudencial.

Durante as duas décadas de vida do instituto, quatro foram as correntes interpretativas que se erigiram quanto à eficácia e o alcance da decisão injuncional, senão vejamos.

A primeira, denominada posição *não concretista*, atribui à decisão concessiva da injunção natureza meramente declaratória, de sorte que o Poder Judiciário apenas decreta a omissão do Poder Legislativo, reconhecendo formalmente a sua inação legiferante. Arrima-se tal postura justamente no fato de que é defeso ao Judiciário positivizar o direito no caso concreto, sob pena de aniquilamento do princípio da separação dos poderes.

Consideram que é dado ao Supremo Tribunal Federal unicamente exortar o Poder competente a elaborar a norma faltante, uma vez que é impossível o Judiciário compelir o Legislativo a legislar. Nesta esteira, somente estaria dentro dos limites da atribuição judicante, em sede de mandado de injunção, recomendar ao órgão responsável que purgasse a sua mora, por entender ser-lhe vedado criar o preceito reitor do caso concreto.²⁹ Na seara doutrinária, FERREIRA FILHO sustenta tal posicionamento, nos termos ora transcritos:

28 HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**: uma apreciação da jurisprudência do STF sobre o mandado de injunção, à luz da doutrina contemporânea. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 128.

29 Pode-se citar, à guisa de ilustração, o seguinte precedente do Supremo que enveredou por esse entendimento: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 107 do Distrito Federal, Brasília, DF, 23 de novembro de 1989. Tribunal Pleno. Impetrante: José Emídio Teixeira Lima. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 21 set. 1990. p. 9.782.

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 da norma sem a qual é inviável o exercício de direito fundamental. Não importa no estabelecimento pelo próprio órgão jurisdicional da norma regulamentadora necessária à viabilização do direito. Aliás, tal alcance está fora da sistemática constitucional brasileira, que consagra a “separação dos poderes”, não apenas pela referência contida no art. 2º, incluída entre os “princípios fundamentais” da República, mas também por ter sido ela incluída no cerne imutável da Constituição. (...)

Concluimos, pois, que não se pode dar ao mandado de injunção um alcance que não tem a inconstitucionalidade por omissão. Esta, que é reservada a autoridades e a entes de alta representatividade, que apenas corre perante o mais alto Tribunal do País, tem, repita-se, como consequência levar uma comunicação ao Poder competente para legislar, ou à fixação de prazo para órgão administrativo, se for o caso. O mesmo, no máximo, será o alcance do mandado de injunção.³⁰

Numerosas foram as críticas doutrinárias dirigidas a essa concepção exegética sobre os efeitos do instituto, a qual prevaleceu diuturnamente na jurisprudência de nossa Suprema Corte, mas que foi paulatinamente superada. A maior parte das críticas vergastava-na sob o argumento de que seria verdadeiro disparate equiparar os efeitos da injunção àqueles resultantes do controle abstrato de inconstitucionalidade por omissão. Opunham-se sob o propugnáculo de que não se poderia conceber a criação, pelo poder constituinte originário, de dois institutos com a mesma finalidade, isto é, de instrumentos constitucionais cujos efeitos práticos seriam idênticos.³¹

Frente a essa primeira visão jurisprudencial sobre o mandado de injunção, ficou o instituto, deveras, inteiramente despojado da característica primacial de que deveria revestir-se para ser reputado como lídimo remédio constitucional garantidor de direitos fundamentais.

Porém, em manifesta evolução jurisprudencial, a Suprema Corte brasileira passou a interpretar de forma bastante diversa o mandado de injunção, considerando, principalmente, o propósito constitucional que lhe é intrínseco, qual seja a efetiva viabilização, no caso concreto, daquele direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que, uma vez subordinado à disciplina infraconstitucional, redunde obstaculizado em razão da inércia abusiva do Poder competente em regulamentá-lo. Eclode, nessa quadra, a dita posição *concretista*.

Por meio da mencionada postura hermenêutica, “o mandado de injunção é uma excelente oportunidade para o Judiciário efetivar a Carta Maior, criando a norma regente do caso concreto”.³² Com isso, adquire o remédio constitucional a operabilidade e

30 FERREIRA FILHO, Manoel **Gonçalves**. **Curso de direito constitucional**. 34ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 325-326. Advogando a mesma ideia: MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”**, 18ª ed. (atualizada por Arnaldo Wald). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 141.

31 Adotando essa posição crítica, dentre outros tantos: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Mandado de injunção: um ensaio reconstrutivo. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Belo Horizonte, v. 27, n. 65, jul. /dez. 1997, p. 83-84.

32 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 606.

instrumentalidade processuais que lhe foram idealizadas pelo constituinte originário.

Nesse diapasão, MENDES assinala o perfil aditivo que a sentença assume quando da adoção da teoria concretista na técnica de decisão do mandado de injunção, aos moldes da dogmática jurídica italiana, *litteratim*:

Percebe-se que, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação inicialmente perfilhada, no que diz respeito ao mandado de injunção.

As decisões proferidas nos Mandados de Injunção n. 283 (Rel. Sepúlveda Pertence), 232 (Rel. Moreira Alves) e 284 (Rel. Celso de Mello) sinalizam para uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução “normativa” para a decisão judicial.

Assim, no caso relativo à omissão legislativa quanto aos critérios de indenização devida aos anistiados (art. 8º do ADCT), o Tribunal entendeu que, em face da omissão, os eventuais afetados poderiam dirigir-se diretamente ao juiz competente que haveria de fixar o montante na forma do direito comum. Em outro precedente relevante, considerou-se que a falta de lei não impedia que a entidade beneficente gozasse da imunidade constitucional expressamente reconhecida.

As decisões acima referidas indicam que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano.³³

Registre-se que a tese concretista experimenta subdivisões classificatórias, as quais variam conforme os efeitos emanantes da decisão do *writ* e seu alcance. Bifurca-se, primeiramente, em *concretista geral* e *concretista individual*. Pelo posicionamento concretista geral, o Poder Judiciário, além de viabilizar o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional postulada, confere à decisão eficácia *erga omnes*, de tal forma que a decisão injuntiva passa a produzir os mesmos efeitos para situações idênticas àquela judicialmente deduzida. Compete à função jurisdicional do Estado, aqui, regular o caso concreto com eficácia contra todos que se achem em circunstâncias exatamente iguais às do impetrante da injunção paradigmática.³⁴

Já pela teoria concretista individual³⁵, a decisão que concede a injunção terá apenas efeitos *inter partes*, isto é, valerá somente para o impetrante da ação injuncional. Partindo dessa corrente, “a decisão do Poder Judiciário só produzirá efeitos para o autor do mandado de injunção, que poderá exercitar plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional”.³⁶ De seu turno, a teoria *concretista individual* ramifica-se, ainda, em *individual direta* e *individual intermediária*.

33 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1264.

34 É precisamente em face desse posicionamento que irrompe a árdua polêmica doutrinário-jurisprudencial sobre a possível contrastação com o princípio da separação dos poderes, que será examinada no momento oportuno. Consoante LENZA, a teoria concretista geral é a tese atualmente adotada pelo STF. LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 742.

35 Para MACHADO, é a tese “que melhor explicita o alcance do mandado de injunção”. MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da Constituição**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 145.

36 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 23ª ed. atual. até a EC nº 56/07, 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008, p. 176.

A tese *concretista individual direta*, implementando o direito constitucional de forma imediata, viabiliza o seu concreto desfrute pelo impetrante enquanto, concomitantemente, notifica o Poder omissivo para que expeça a norma regulamentadora de tal direito. Nos abalizados dizeres de BULOS, os efeitos de seu veredicto “limitam-se às partes e ao processo, e, após o preenchimento do vazio normativo, não há solução de continuidade, haja vista a eficácia *inter partes* da decisão”.³⁷ Ao reverso, em face da teoria *concretista individual intermediária* tem-se que, ao instante em que julga procedente o feito injuntivo, o Poder Judiciário fixa prazo para que o Legislativo elabore a norma regulamentadora. Transcorrido *in albis* referido prazo e persistindo a inércia legiferante, fica, então, autorizado o órgão jurisdicional a implementar o direito no caso concreto e o impetrante a exercitá-lo.

Conforme já sublinhado, os mandados de injunção recentemente julgados pelo Supremo Tribunal Federal demonstram que a Corte acabou por consagrar a teoria concretista geral como orientação jurisprudencial predominante, em ruptura visceral com a tese não concretista, que por muito tempo quedou enraizada na jurisprudência daquela Corte. Tal inferência resulta patente quando a Augusta Corte Suprema, no julgamento dos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712,³⁸ decidiu aplicar analogicamente a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que disciplina o direito de greve do setor privado, ao servidores públicos. E, como ponto culminante, definiu que os efeitos da decisão injuncional não se adstringiriam somente aos sindicatos impetrantes (eficácia *inter partes*), passando a atingir todo o funcionalismo público (eficácia *erga omnes*), pelo que o provimento jurisdicional revestiu-se de um caráter normativo, genérico e abstrato.

Malgrado terem sido endereçados multifários encômios à reforma jurisprudencial empreendida pelo STF quanto ao mandado de injunção, urge lembrar que não faltaram críticas ao novel entendimento sobre o instituto, as quais já vinham sendo antes mesmo registradas na doutrina nacional. CAVALCANTE, para quem a sentença da injunção deve assumir uma concretude intermediária, aponta para a lesão da separação de poderes caso adotada pelo Supremo Tribunal Federal a concretividade geral da decisão, *ipsis verbis*:

Admitir-se, meditamos, que o Poder Judiciário estaria licenciado *incontinenti* a implementar a lacuna legislativa/administrativa como sucedâneo da atuação do Poder ou órgão competente conduziria ao abismo insuportável da violação ao princípio da separação dos Poderes.

O mandado de injunção impõe ao Judiciário a estrita rendição ao princípio em berlinda e não o seu assassinio.

37 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 606.

38 O dispositivo decisório do MI nº 712 restou redigido nos termos seguintes: “O Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, **conheceu** do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. (...). Plenário, 25.10.2007”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712 do Pará, Brasília, DF, 25 de outubro de 2007. Tribunal Pleno. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará – SINJEP. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. **Diário da Justiça Eletrônico** – 206, Brasília, DF, 31 out. 2008. p. 384.

(...)

Uma vez procedida a atividade *legiferandi* por quem de direito, segura estará a ordem constitucional; se, por outro lado, não for implementada aquela lacuna legislativa pelo Poder ou órgão competente em prazo fixado pelo Judiciário, este terá acesso livre para então garantir a sobrevivência da via constitucional, assegurando-lhes o fluxo da efetividade.³⁹

A polêmica alusiva à separação dos poderes há de ser enfrentada no momento próprio. Impende, antes, analisar os aspectos estruturais de direito substancial e de direito adjetivo do instituto em pauta.

2 ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DO REMÉDIO INJUNTIVO

A interpretação do mandado de injunção, quer relativamente ao procedimento pelo qual deve tramitar, quer com relação à compreensão do direito material que visa tutelar, foi fundamentalmente delineada pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, máxime em razão da falta de regime processual específico para sua utilização. Somente em maio de 1990 é que sobreveio a Lei nº 8.038/90, dedicando apenas um parágrafo para dizer que será observado, no que couber, o rito do mandado de segurança para o remédio injuncional, enquanto não editada legislação específica (art. 24, parágrafo único). Ainda não houve promulgação de lei tendente a disciplinar especificamente o mandado de injunção. Gize-se, no entanto, que se cuida de remédio constitucional autônomo, a exemplo do próprio mandado de segurança, possuindo traços peculiares que o distinguem das demais garantias constitucionais.

De logo se consigne que a ação injuncional só será cabível quando direitos e liberdades constitucionais, e também as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, uma vez inviabilizados por ausência de preceito integrador, estiverem inscritos em normas constitucionais de eficácia limitada,⁴⁰ assim entendidas aquelas regras que não possuem o condão de surtirem todos os seus efeitos ao tempo da promulgação da Constituição. São preceptivos constitucionais de aplicabilidade mediata, que necessariamente reclamam uma *interpositio legislatoris* para que possam produzir efeitos concretos.

Como cediço, as normas constitucionais são classificadas, quanto à eficácia e à aplicabilidade, em normas de eficácia plena, contida e limitada. As normas de eficácia plena têm aplicabilidade imediata, direta e integral, sendo aqueles preceitos constitucionais capazes de produzir todos os seus efeitos essenciais desde a entrada em vigor da Constituição, razão pela qual são considerados preceitos auto-executáveis, ou auto-aplicáveis. Constituem regras que podem ser exigidas de plano, eis que “receberam

39 Note-se que, na concepção da citada autora, até mesmo a posição concretista individual direta vem a ferir o princípio fundamental sob apreço, vez que também efetiva o direito de forma imediata no caso concreto, apenas conferindo-lhe eficácia *inter partes*. No seu entender, para que a separação de poderes resulte incólume, faz-se “mister sua parada obrigatória (a concretividade de sua sentença) diante da preferencial que tem o Poder ou órgão competente para expedir a norma regulamentadora faltante”. CAVALCANTE, Larissa Santiago Tenório. Mandado de injunção e o princípio da separação dos poderes. **Consulex**: Revista Jurídica, São Paulo, v. 6, n. 122, fev. 2002, p. 32-33. Em idêntico sentido: PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 149.

40 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 896.

do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata”.⁴¹

Já as normas constitucionais de eficácia contida, ou prospectiva, “têm aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral”.⁴² São normas que, conquanto aptas a renderem todos os seus efeitos ao momento da promulgação da *Lex Mater*, ficam sujeitas a uma providência normativa ulterior que lhes reduza o campo de incidência. Ou seja, produzem plenamente seus efeitos assim que promulgada a Constituição, mas abrem margem à atuação legiferante infraconstitucional para que sua esfera de abrangência seja restringida, conforme os critérios de conveniência e oportunidade do Poder Público.⁴³

Mas é no estudo das normas de eficácia limitada que reside o *punctum saliens* da presente abordagem, porquanto são elas que ensejam a impetração do mandado de injunção. As normas de eficácia limitada, conforme dito, possuem aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, “porque somente incidem totalmente sobre a matéria que versam, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva sua plena eficácia”.⁴⁴ Necessitam, se não exigem, de aditamento legislativo posterior, complementando seus conteúdos e viabilizando a total irradiação de seus efeitos nos moldes do que estatuí o comando constitucional.⁴⁵ Bipartem-se em normas de eficácia limitada *declaratórias de princípios institutivos ou orgânicos* (ou, ainda, *organizativos*) e *declaratórias de princípios programáticos*.

Como a própria nomenclatura sugere, as de princípio institutivo encerram esquemas gerais de estruturação, ordenação e instituição de entidades ou órgãos governamentais, ao passo que as de princípio programático relacionam-se ao delineamento, pela Constituição, de princípios e vetores a serem perseguidos pelo Estado como finalidade precípua a ser atingida. Buscam estas últimas, a bem dizer, esboçar um quadro de objetivos cuja observância é indispensável à realização do bem comum, razão por que devem pautar a atuação dos representantes políticos quando do trato com a coisa pública.

Assim, os direitos, liberdades e prerrogativas previstos em normas constitucionais que ensejam a impetração injuncional são aqueles que dependem de efetiva regulamentação posterior para produzirem todos os efeitos atinentes à questão que disciplinam, a despeito de possuírem estatura constitucional e estarem em plena vigência. São, pois, os direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais que se inserem em normas constitucionais de eficácia limitada, de princípio institutivo ou programático, e que não podem ser exercidos por desrespeito do legislador ordinário em cumprir o comando

41 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 262.

42 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 136.

43 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 116.

44 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 48.

45 Torna-se imprescindível frisar, nesse diapasão, conforme fulgurado por SILVA, ao ilidir a doutrina clássica norte-americana e adotar posição semelhante à de Vezio Crisafulli, que as normas constitucionais de eficácia limitada, em que pese necessitem de atividade legiferante infraconstitucional para assumir a plenitude de seus efeitos, não são completamente destituídas de eficácia, eis que produzem o efeito mínimo de vincular o legislador ordinário às suas diretrizes. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 164 e 262.

constitucional a que está vinculado.

Em síntese, o objeto do mandado de injunção consiste na tutela de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais que não podem ser fruídos não só porque restam encartados em normas de eficácia limitada, mas fundamentalmente em razão da inércia do órgão legiferante em expedir a norma reguladora da matéria versada nesses preceitos, cuja ausência implica dano concreto ao cidadão.⁴⁶

Quanto à extensão dos direitos constitucionais passíveis de tutela via mandado de injunção, convém reportar-se diretamente à doutrina majoritária, a qual entende que todo e qualquer direito que resulte constitucionalmente amparado é alcançado pelo *writ*.⁴⁷

De outra banda – e já procedendo a um cotejo entre os institutos –, é indubitoso que mandado de injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIO) comungam apenas de um aspecto essencial: o fato da omissão, ou ausência de norma regulamentadora.⁴⁸ Tirante isso, pode-se convictamente asserir que são instrumentos constitucionais insertos em quadrantes jurídicos ontologicamente distintos.

A diferença nuclear entre os instrumentos reside justamente na espécie de controle da inconstitucionalidade omissiva que cada um exercita. Com efeito, o mandado de injunção é remédio constitucional cuja função primacial é assegurar ao impetrante – em um processo com natureza subjetiva – a fruição concreta de direito, liberdade ou prerrogativa inscrita em preceito constitucional que dependa da existência de lei específica para conquistar a plenitude de seus efeitos no universo jurídico. A ausência de norma regulamentadora do preceptivo constitucional acaba por torná-lo inefetivo e, por via reflexa, obstaculiza o exercício do direito nele previsto. Nessa senda, o mandado de injunção colima obter provimento jurisdicional que faça com que esse direito possa ser concreta e imediatamente exercitável por seus titulares.⁴⁹ Relaciona-se, por conseguinte,

46 Dessarte, forçoso se torna reconhecer que o mandado de injunção não será o meio apropriado para coibir a inobservância de direitos contemplados em normas constitucionais munidas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, ou mesmo de eficácia contida e incidência imediata, posto que constituem preceitos auto-executáveis desde a promulgação da Carta Federal. Outrossim, incumbe acentuar que a partir do instante em que for editada a regulamentação de determinada norma constitucional de eficácia limitada, a mesma passa a assumir a amplitude de seus efeitos, de modo que não mais se pode admitir a impetração injuncional em face de alegada mora legislativa, até porque prejudicado o objeto do *writ*. A superveniência do ato normativo antes faltante, exigido pela Lei Maior como pressuposto inarredável à eficácia jurídica plena de norma constitucional não auto-aplicável, enseja a perda do objeto da demanda injuntiva e, *ipso facto*, compromete o prosseguimento da ação. Trata-se de entendimento assente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

47 Necessário salientar que nossa Corte Suprema já consolidou o entendimento de que basta o assento constitucional do direito prescrito em norma de eficácia limitada, cujo exercício resulte tolhido por falta de regulamentação, para que o mandado de injunção seja admissível. Essa posição ampliativa restou cristalizada desde o julgamento do MI nº 107-DF, de relatoria do ex-Min. Moreira Alves. Endossam essa compreensão, no terreno doutrinário: BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**, 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 250; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da Constituição**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 72-74.

48 TEMER, Michel. Mandado de injunção e seus limites. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 24, n. 98, p. 27-32, abr./jun. 1991, p. 29.

49 Conforme precisamente indigitado por DOBROWOLSKI: “Diferentemente da hipótese de inconstitucionalidade por omissão, cabível em tese, o mandado de injunção exige, pelo menos, um prejudicado **em concreto**, em razão da falta de norma, que, de fato, impeça o gozo do direito, da liberdade ou da prerrogativa mencionados”. DOBROWOLSKI, Sílvio. Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 27, n. 106, p. 27-36, abr./jun. 1990, p. 35.

com um controle concreto (difuso) da inconstitucionalidade por omissão.⁵⁰

A seu turno, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é um instrumento de fiscalização abstrata (concentrada) do vício omissivo. Visa o controle em tese da ausência de lei ou ato normativo, em um processo com natureza objetiva, cuja finalidade é tão-só verificar a mora do Poder Legislativo na elaboração de norma exigida pela Constituição.⁵¹ Em síntese, o mandado de injunção busca granjear provisão jurisdicional hábil a possibilitar a satisfação concreta de um interesse jurídico subjetivo que, conquanto assente no texto constitucional, não pode ser exercido por inércia legislativa. Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é instrumento especial que procura resguardar a integridade do ordenamento jurídico mediante processo tipicamente objetivo, visante à constatação de um comportamento omissivo que não se coaduna com o arcabouço axiológico-normativo da Carta da República.

Disso se colige, fundamentalmente, que o âmbito de proteção dos institutos é diverso, embora sejam instrumentos que, no final das contas, desemboquem na finalidade última de fustigar a omissão inconstitucional de órgãos com poder regulamentar, cuja inércia pode – e costuma – frustrar o exercício de direitos fundamentais.

Grande parte das dessemelhanças entre os instrumentos também pode ser vislumbrada sob o ângulo processual. A primeira delas tange à legitimação ativa. A legitimidade para a impetração do mandado de injunção é extremamente ampla. Podem impetrá-lo toda e qualquer pessoa, natural ou jurídica, de direito público ou privado.⁵² Contudo, a legitimação ativa para propor a ADIO, a exemplo do que ocorre com as demais ações de controle abstrato de constitucionalidade no Direito brasileiro, é bastante restrita, dado que se limita ao rol taxativo do art. 103 da Constituição Federal. Relativamente à legitimidade passiva, esta recai, no mandado de injunção, sobre o sujeito que inibe o exercício do direito em virtude de sua conduta omissiva, e, na ADIO, incide sobre o ente público competente para a elaboração da norma.⁵³

50 Com a circunspeção que o singulariza, TAVARES obtempera que “consoante o entendimento praticamente unânime da doutrina, o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro teria incorporado, a partir de 1988, ao menos dois instrumentos distintos para sanar a problemática decorrente da inconstitucionalidade por omissão. Ter-se-ia, pois, nessa linha, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Distinguem-se ambos os instrumentos mencionados por terem pertinência ao controle concentrado e ao controle difuso da constitucionalidade, respectivamente”. TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional brasileiro concretizado: hard cases e soluções** juridicamente adequadas. São Paulo: Método, 2006, p. 201-202. No mesmo sentido: BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 599.

51 Nessa esteira: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1233.

52 Em resumo, o mandado de injunção é impetrável por todo e qualquer sujeito que seja titular de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional, e que se veja tolhido de exercer tal direito, liberdade ou prerrogativa em razão da falta de norma regulamentadora. Podem impetrá-lo partidos políticos, sindicatos, entidades de classe, sociedades civis e até mesmo entes despersonalizados, como, e.g., espólios, massas falidas, herança jacente, condomínios, etc. Sinale-se a competência legal explícita do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para ajuizar mandado de injunção (art. 54, XIV, da Lei nº 8.906/94). Forçoso também se admitir a impetração de mandado de injunção pelo Ministério Público, haja vista a possibilidade de interesse processual do *Parquet* em demanda injuncional que verse sobre direitos coletivos ou difusos, virtualmente afetados por uma situação de *vacuum iuris* atribuível ao Poder Público. Aliás, é oportuno anotar que o art. 6º, VIII, da Lei Complementar nº 75/93, confere ao Ministério Público da União expressa atribuição para ingressar com o remédio injuntivo quando transindividuais forem os interesses a serem resguardados.

53 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 599. Vale frisar que, ao contrário da legitimação ativa,

Cabe, de outra banda, diferenciá-los no que concerne à competência jurisdicional para processo e julgamento. A competência para se processar e julgar o mandado de injunção foi fixada *ratione personæ*. Significa dizer que é mister verificar-se, *a limine*, qual o órgão competente para elaborar a norma reguladora de que depende o direito judicialmente postulado para ser exercido. Em se tratando, *v.g.*, de mandado de injunção no qual se requer a elaboração de lei complementar que discipline a relação de emprego protegida contra demissão arbitrária ou sem justa causa, conforme exigido pelo art. 7º, I, da Carta Maior, com vistas ao exercício do direito de indenização compensatória e de outros direitos que tal lei regulamentaria, tem-se que a competência legiferante é privativa do Congresso Nacional,⁵⁴ de sorte que, nessa hipótese, caberia ao Supremo Tribunal Federal julgar esse mandado de injunção, porquanto matéria afeta à sua competência originária, *ex vi* do art. 102, I, *q*, da Constituição Federal.

Todavia, se em dada hipótese a elaboração da norma regulamentadora for de competência, *e.g.*, de uma entidade autárquica federal (a exemplo de uma resolução, que é ato administrativo normativo), a competência para o processamento e julgamento do mandado de injunção será do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, I, *h*, da Lei Maior.

Por seu turno, para o processamento e julgamento da ADIO a competência será sempre do Supremo Tribunal Federal, visto que, consoante alhures assentado, consiste em instrumento especial reservado à verificação em tese da conduta omissiva, com o fito último de defender objetivamente a ordem constitucional de inércias normativas com ela incompatíveis.⁵⁵

De outro lado, é mister a observância de dois pressupostos básicos para que o mandado de injunção seja cabível: a inviabilização, efetiva e concreta, de direito constitucionalmente assegurado, e que a impossibilidade de exercê-lo realmente decorra da falta de norma regulamentadora.⁵⁶ Não calha olvidar que o vazio deduzido tem de ser

que dificilmente suscita divergência doutrinária a seu respeito, a legitimação para figurar no polo passivo da ação injuncional é matéria nebulosa, que tem implicado algumas discrepâncias na doutrina. Apesar disso, impende, aqui, apontar para o entendimento doutrinário majoritário, jurisprudencialmente consolidado no STF, de que somente pessoas estatais podem ocupar o polo passivo da relação processual inaugurada com a impetração do *writ* injuncional, porque somente a elas se pode imputar o dever jurídico de emanar provimentos normativos. Cuida-se de posição hermética e inflexível, que inadmite sequer litisconsórcio passivo (nem necessário, nem facultativo) entre particulares, potencialmente sofrendores dos ônus da decisão, e entes públicos. Assim, somente pessoas jurídicas de direito público interno podem figurar no polo passivo do mandado de injunção. Nesse sentido o seguinte julgado: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 323 do Distrito Federal, Brasília, DF, 08 de abril de 1994. Tribunal Pleno. Impetrante: Irconso Materiais para Construção Ltda. e outro. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 09 dez. 1994. p. 34.080. Na doutrina: MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 23. ed. atual. até a EC nº 56/07, 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008, p. 171-172.

54 Haja vista que se trata de questão atinente ao Direito do Trabalho, nos termos do art. 22, I, da Constituição.

55 É exegese que deflui naturalmente da combinação entre o artigos 103, § 2º, da Constituição Federal, e 12-H, e respectivos parágrafos, da Lei nº 9.868/99, cujos teores ratificam a mera eficácia declaratória da decisão proferida na ADIO, que apenas científica o poder omissivo de sua inércia. Repare-se que a Lei nº 9.868/99 restringe-se à disciplina de ações de controle concentrado de constitucionalidade, cuja competência judicante é exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

56 Necessário é que se verifique um retardamento exorbitante na regulamentação legislativa do texto constitucional, isto é, uma dilação abusiva do órgão legiferante em editar o preceito regulamentador. Se assim não for, carecerá o impetrante de interesse processual para prosseguir no feito injuncional. Já no que tange ao alcance do conceito de *norma regulamentadora*, criterioso é o cálamo de BARROSO, *in verbis*: "No que diz respeito à norma regulamentadora, pode ser ela de qualquer hierarquia – lei complementar, ordinária,

normativo, resultante da ausência de lei ou de qualquer outro ato com feição regulamentar, do qual penda o desfrute de direito ou liberdade constitucional, ou de alguma das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.⁵⁷ Presente o nexo de causalidade entre o vácuo legislativo e a inviabilidade de exercício do direito constitucional postulado, será o mandado de injunção cabível.

Quanto à *causa petendi* no remédio em estudo, obtempera PFEIFFER, precisamente no tocante à causa de pedir remota, que o fato constitutivo do direito postulado via mandado de injunção compõe-se da descrição do direito de que o impetrante se julga titular e, também, “das circunstâncias que levaram à constituição do direito, prerrogativa ou liberdade de que o impetrante se diz titular, bem como da relação jurídica estabelecida entre ele e o obrigado à satisfação do direito”.⁵⁸ Disso também se pode deduzir outras noções processuais no mandado de injunção, como o interesse de agir do impetrante, defluente da necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para alcançar a pretensão colimada, sobretudo ante a resistência do ente público competente para baixar a norma reguladora de que depende o direito afirmado em juízo.

Também merece nota a coisa julgada no mandado de injunção, sobretudo por apresentar certas especificidades. Impende analisar a questão sob o prisma da tese concretista geral, tendo em conta que é a postura atualmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Resumidamente, vê-se que o Judiciário, ao prolatar decisão com caráter normativo, geral e abstrato, permite aos jurisdicionados que, na qualidade de cidadãos, usufruam direitos seus que são expressamente reconhecidos pela Lei Fundamental, até que o Legislativo exerça sua competência de editar normas gerais e abstratas. Assim que o Legislativo desempenhar tal competência, a decisão do Supremo será, então, suprida pela edição da lei. Dessarte, configurada resta, aqui, o que se pode denominar de *coisa julgada temporária*.⁵⁹ A decisão do Excelso Pretório vale, pois, até que seja elaborada lei regulamentando a matéria que nela foi provisoriamente disciplinada com o justo propósito de possibilitar o desfrute concreto de direito, liberdade ou prerrogativa constitucionalmente reconhecida.

No ponto, a questão não deixa de concernir a fenômeno que amiúde se verifica na processualística nacional, qual seja o da relativização da coisa julgada, cuja imutabilidade é, por vezes, abrandada por imperativos circunstanciais específicos, como sucede, *v.g.*, nas ações de investigação de paternidade e nas ações de alimentos. Nesse contexto, de

regulamento, resolução, portaria, decisões administrativas normativas – **desde que sua ausência inviabilize um direito constitucional**. Norma regulamentadora é, assim, toda 'medida para tornar efetiva norma constitucional', como bem diz o art. 103, § 2º, da Constituição”. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**, 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 253. (Grifou-se).

57 A esfera de tutela do mandado de injunção não se mostra idônea a suprir falta de atuação administrativa, a não ser que o ato reclamado da Administração seja um regulamento ou outro provimento qualquer que possua cunho normativo, e que dele se necessite para exercer certo direito constitucional. Nesse sentido: SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de injunção. **Revista de Direito Público**, v. 23, n. 94, p. 146-151, abr./jun. 1990, p. 147.

58 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 161.

59 MAZZEI intitula de “coisa julgada transitória”, caso acolhida a teoria concretista, seja em seu viés geral, seja em seu cariz individual direto, seja em sua faceta individual intermediária. MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Ações Constitucionais**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2007, p. 141.

acordo com a doutrina de PFEIFFER e a jurisprudência do Supremo, verifica-se que “a regulamentação operada por intermédio do mandado de injunção deve ter caráter provisório, somente produzindo efeitos até a edição da lei”.⁶⁰ Assim, quando for esta elaborada, será o conteúdo normativo da decisão injuntiva imediatamente substituído pela regulamentação legislativa expedida pelo órgão legiferante, respeitando-se, todavia, os atos jurídicos consumados sob a vigência da decisão judicial.⁶¹

3 A ATUAL INTELIGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE OS EFEITOS DA DECISÃO CONCESSÓRIA DA INJUNÇÃO ANTE A SEPARAÇÃO DOS PODERES

É cediço que a teoria da separação de poderes foi fruto de uma longa construção histórica em torno da liberdade dos indivíduos em face do poderio estatal, e que, através da obra de Montesquieu, incorporou-se ao constitucionalismo.⁶²

Sua teorização representou, sobretudo, forte insurgência iluminista contra as práticas abusivas e arbitrárias das monarquias absolutistas, historicamente situadas no Antigo Regime, as quais concentravam na mão de um só sujeito – o déspota esclarecido – todas as funções do Estado. Daí que se concebeu a ideia exposta por Montesquieu, de um sistema “em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das Constituições”.⁶³

Consoante Montesquieu, a cada um dos três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – corresponderiam funções predeterminadas. Ao Legislativo caberia, precipuamente, a feitura das leis, bem como o aperfeiçoamento das já existentes e a ab-rogação ou derrogação daquelas que assim o exigissem em obséquio do interesse social. Ao Executivo competiria, essencialmente, a execução das leis, ou seja, “a prática dos atos de chefia de estado, de governo e de administração”,⁶⁴ e ao Judiciário incumbiria, principalmente, a preservação dos princípios da legalidade e da isonomia, a administração da Justiça, a interpretação e aplicação das leis e a consequente dirimção dos conflitos emanantes do corpo social.⁶⁵

LENZA aponta para a erosão do dogma absolutista da separação de poderes,⁶⁶ ao indicar uma acepção mitigada da teoria de Montesquieu pelos sistemas constitucionais

60 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 221.

61 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Opus citatum*, p. 222-223.

62 Conforme lembrado por DALLARI, é interessante acentuar que a origem remota da separação de poderes pode ser vislumbrada desde Aristóteles, cuja filosofia política reputava ser perigoso concentrar em um só indivíduo o exercício do poder. Sem embargo, aventa o nobre politólogo que a compreensão moderna da separação de poderes não se inspirou na filosofia aristotélica, tendo sido resultado de um construto dogmático gradual e paulatino, ao sabor da medrança institucional do Estado e ao compasso das contendas político-sociais que marcaram sobremodo os séculos XVI, XVII e XVIII. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 216-219.

63 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 219.

64 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 23. ed. atual. até a EC nº 56/07, 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008, p. 463.

65 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 23. ed. atual. até a EC nº 56/07, 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008, p. 495.

66 Em sentido idêntico: DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 223.

hodiernos, os quais teriam concebido o princípio amainadamente, cuja base estrutural seria informada por um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) e por uma interpenetração de funções. Com requintes de mestria, o insigne publicista assim pontifica, *ipsis verbis*:

A teoria da 'tripartição de Poderes', exposta por Montesquieu, foi adotada por grande parte dos Estados modernos, só que de maneira abrandada. Isso porque, diante das realidades sociais e históricas, passou-se a permitir maior interpenetração entre os Poderes, atenuando a teoria que pregava uma separação pura e absoluta dos mesmos.

Dessa forma, além do exercício de **funções típicas** (*predominantes*), inerentes e insitas à sua natureza, cada órgão exerce, também, outras duas funções atípicas (de natureza típicas dos outros dois órgãos). Assim, o Legislativo, por exemplo, além de exercer uma função típica, inerente à sua natureza, exerce, também, uma **função atípica** de natureza *executiva* e outra **função atípica** de natureza *jurisdicional*.

Importante notar que, mesmo no exercício da função atípica, o órgão exercerá uma função sua, não havendo aí ferimento ao princípio da separação de Poderes, porque tal competência foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário.⁶⁷ (Grifo do autor)

Impõe-se reconhecer, dessarte, que o princípio da separação de poderes, na moderna concepção que a Carta Federal de 1988 lhe conferiu, é regido pelo mecanismo de freios e contrapesos e por uma interpenetração de funções, em cuja estrutura básica reside um sistema de controle e vigilância mútua entre os órgãos, bem como o exercício de funções atípicas por cada um deles, sem prejuízo da atribuição prevalente que lhes incumbe exercer. Disso quer ressumbrar que, enquanto o poder competente mantém-se omissivo em expedir a norma de que depende o exercício de direito constitucionalmente contemplado, nada impede que o Poder Judiciário, dentro de uma perspectiva de controle recíproco entre os órgãos do Estado, assegure, na via difusa do controle de constitucionalidade da omissão, aos titulares desse direito o seu pleno exercício, tendo em conta a indevida morosidade do poder originariamente competente para fazê-lo.⁶⁸

67 No exemplo dado por LENZA, tem-se que a função típica do Poder Legislativo é, irretorquivelmente, a de legislar. Suas funções atípicas, constitucionalmente previstas, seriam, por exemplo, a de dispor sobre sua organização, funcionamento, provimento e extinção de cargos, fixação de remuneração e concessão de férias e licenças a seus servidores, função esta de índole executiva (art. 51, IV, CF/88), e a de processar e julgar o Presidente da República, *v.g.*, nos crimes de responsabilidade (art. 52, I, CF/88), função esta de cunho jurisdicional. LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 338-339.

68 De todo pertinente se mostra, nessa linha de raciocínio, a brilhante leitura feita por PFEIFFER no que tange à acepção do princípio da separação dos poderes pela hermenêutica constitucional moderna, também assim recebido por nossa atual Constituição Federal, *in ipsa litteris*: "...não se pode conceber o princípio da harmonia dos Poderes como o de uma separação estrita, em que haveria uma esfera de funções exclusivas, sem nenhuma espécie de ingerência mútua. Tanto isso é verdade que a pedra de toque do sistema é a **função de controle** que cada um dos poderes exerce sobre os demais, fiscalizando o modo como cada um desempenha suas funções preexistentes. Assim, 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". PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 106-107. (Grifo do autor)

É de se bem notar, portanto, que uma postura ativista do Judiciário na tutela de direitos fundamentais violados por uma omissão do Poder Público, que fica inerte na edição de muitas normas que são condição de realização de direitos, valores e objetivos constitucionais, deflui de uma evidente superação do vetusto dogma da separação absoluta dos poderes, refletindo, com isso, salutar reforço à democracia.

CAPPELETTI é categórico ao assertar que, “quando se fala dos juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado”.⁶⁹ Com efeito, é de sabença geral que, atualmente, não há que se falar em sistemas jurídicos perfeitamente herméticos, aptos a emitirem soluções jurídicas para todas as exigências e necessidades dimanantes de uma certa conjuntura social. Essa incompletude dos sistemas jurídicos, amiúde verificada nas famílias da *civil law*, e que é reflexo natural da própria inviabilidade de o direito objetivo andar *pari passu* com a velocidade da dinâmica social moderna, acaba por dar azo ao surgimento de lacunas em seus subsistemas normativos.

Entretanto, também é consabido que a falta de lei sobre determinada matéria casuisticamente carreada à apreciação jurisdicional não pode servir de escusa ao julgador para se eximir de julgar a lide.⁷⁰ E isso decorre não só da proibição do *non liquet*, mas também de uma otimização exegética da garantia fundamental do jurisdicionado de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.⁷¹

Não é – e nem pode ser – objeto de dúvida que o juiz contemporâneo está longe de ser “a inanimada boca da lei”.⁷² O mister da atividade judicante, consoante preleciona HAGE, “é muito mais difícil e complexo”,⁷³ sendo o magistrado “muito mais responsável moral e politicamente por suas decisões, do que sugeriam as doutrinas tradicionais”.⁷⁴

69 Consoante o ínclito mestre italiano, “é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária ‘*law-making*’”. Valendo-se das palavras de Lord Radcliffe, CAPPELETTI pontifica que se afigura inútil qualquer discussão sobre a atividade criativa dos magistrados, sendo que o ponto controvertido, propriamente dito, não gira em torno da possibilidade de criação, mas sim “sobre o grau de criatividade e os *modos, limites e legitimidade* da criatividade judicial”. E arremata: “Do ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a ‘natureza’ dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional. *Ambos constituem processos de criação do direito*”. CAPPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**, tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 24-27.

70 Nesse passo, o art. 126 do Código de Processo Civil brasileiro preceitua que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Da mesma sorte, o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, dispondo que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Os dispositivos ora transcritos traduzem cristalina adoção, pelo sistema jurídico pátrio, do princípio da vedação do *non liquet*, designativo da obrigatoriedade de o juiz julgar a causa que é levada a seu conhecimento, mesmo quando não houver lei versando sobre a matéria de fato ou de direito nela deduzida.

71 É a dicção normativa estampada no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, que insculpe o princípio constitucional da indeclinabilidade da jurisdição.

72 A expressão é empregada por CAPPELETTI, quando declina algumas causas justificantes do recrudescente fenômeno hodierno da criatividade interpretativa do Judiciário, dentre as quais se destaca “a revolta contra o formalismo”, pautada pela “lógica pura e mecânica” do processo silogístico-formal, hoje insuficiente ao atendimento satisfatório dos anseios sociais e incompatível com o importante papel dos juízes na proteção e realização de direitos. CAPPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**, tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 31-32.

73 HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**: uma apreciação da jurisprudência do STF sobre o mandado de injunção, à luz da doutrina contemporânea. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 77.

74 *Idem, ibidem*.

INOCÊNCIO COELHO enfrenta a questão com sistematicidade ímpar. Fazendo menção à atual tendência da criatividade hermenêutica do Poder Judiciário, lembra o mestre paraense que, em perspectiva jurídico-política, isso implicaria violação ao princípio da separação dos poderes, consoante o qual a criação da lei, ou de outras normas com força de lei (como manifestação da vontade geral), “é atividade própria dos órgãos de representação política, a tanto legitimados em eleições livres e periódicas”.⁷⁵

Segundo o precitado constitucionalista, a criatividade judicial, ao invés de ser uma pecha, de que deveria alijar-se o operador ou exegeta do direito, “constitui uma qualidade essencial, que ele deve desenvolver racionalmente”,⁷⁶ sendo a hermenêutica criativa uma atividade lúdica, naturalmente exercida pelo magistrado no fluxo do processo de aplicação do direito, e não “procedimento espúrio, que deva ser coibido porque, supostamente, estaria situado à *margem da lei*”.⁷⁷ Convém, nessa direção, reproduzir algumas das proposições formuladas por INOCÊNCIO COELHO em prol da tese de que os juízes, malgrado não terem legitimidade de origem para a produção de normas jurídicas, de certo modo “têm-na *adquirida* com a aprovação social de seu comportamento”,⁷⁸ *verbatim et litteratim*:

- Toda norma só vigora *na* interpretação que lhe atribui o aplicador legitimado a dizer o direito;
- legislador não é o autor material da lei, por virtude de cuja autoridade ela foi promulgada, mas aquele por cuja autoridade ela continua em vigor;
- o silêncio desse legislador ideal, que pode desautorizar qualquer interpretação, mas se abstém de fazê-lo, confere legitimidade à compreensão que atribuem às normas os juízes e tribunais;
- a vontade do legislador não é um ato voluntário, completamente produzido no momento em que dá origem à lei, mas uma energia que a regenera de modo contínuo, como se estivesse a (re)produzi-la numa gestação infinita;
- a interpretação jurídica não consiste em *pensar de novo* o que já foi pensado, mas em saber *pensar até ao fim* aquilo que já começou a ser pensado por outrem;
- esse *fim*, entretanto, não existe de fato, porque toda norma, como objeto cultural, está sempre aberta a novas interpretações;
- (...)
- à luz do conhecimento histórico, pode-se dizer que a experiência do absolutismo e a desconfiança nos *magistrados do rei* foram as causas determinantes da *dogmatização* ou do *endurecimento* do princípio da separação dos poderes;
- a consolidação do Estado de Direito, em cujo âmbito tem-se mostrado eficaz o sistema de freios e contrapesos, afigura-se como razão suficiente para que se aposente essa velha camisa-de-força.⁷⁹ [sic]

75 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 114.

76 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 117.

77 *Idem, ibidem*.

78 Argumenta, ainda, o insigne publicista que o dogma da divisão funcional absoluta dos poderes poderia ser também ilidido sob o fundamento de que, sem a participação vivificante de seus hermenutas e aplicadores – em especial os juízes –, as leis remanesceriam sendo textos “frios e inacabados”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 116.

79 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 117-118.

E, com pena de mestre, o ilustrado autor arremata o seguinte, *in verbis*:

Adotada essa postura aberta, **impõe-se reconhecer que o paradigma da separação dos poderes, pelo menos em sua configuração inicial, entrou em crise há muito tempo** e que isso aconteceu, precisamente, porque foi ultrapassada a conjuntura jurídico-política em que viveram Locke e Montesquieu, os seus mais conhecidos formuladores. *Superada* essa fase de sua evolução histórica – fase dialeticamente *absorvida, conservada e transformada* nas etapas seguintes que dependem daquele estágio inicial para o seu próprio desenvolvimento –, **cumpra repensar o paradigma da separação dos poderes em perspectiva temporalmente adequada, porque a sua sobrevivência, como princípio, dependerá da sua adequação, como prática, às exigências da sociedade aberta dos formuladores, intérpretes e realizadores da Constituição.** Noutras palavras, impõe-se *re-interpretar* esse velho dogma para adaptá-lo ao moderno Estado *constitucional*, que sem deixar de ser *liberal*, tornou-se igualmente *social* e *democrático*, e isso não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos, ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação *política* do Poder Judiciário, sobretudo das modernas Cortes Constitucionais, crescentemente comprometidas com o *alargamento* da cidadania e a *realização* dos direitos fundamentais.⁸⁰ (Grifou-se)

MACHADO, também escorado no sistema adotado pela Lei Maior brasileira do *checks and balances*, assevera que a separação dos poderes, enquanto princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, não sai prejudicada em face da tese concretista hoje albergada pela Corte Suprema, ainda quando entenda o eminente autor que a outorga de eficácia *erga omnes* à decisão concessória da injunção afigure-se equivocada. Oportuna, nesse passo, a reprodução textual de seu ensinamento:

A Constituição da República Federativa do Brasil, a exemplo do que vem acontecendo na experiência constitucional deste século, adotou a teoria da separação dos poderes, também em termos relativos, ao consagrar as funções típicas, ao lado das atípicas ou não predominantes.

O Poder Executivo brasileiro, cuja atribuição típica é administrar, excepcionalmente pode legislar (Medidas Provisórias e Leis Delegadas); o Poder Legislativo administra (provimento de cargos de seus serviços administrativos e concessão de férias a seus funcionários); e o Poder Judiciário legisla quando elabora seus regimentos internos.

Ora, se assim é, **não há nenhum óbice em, atipicamente, o Poder Constituinte Originário conceder atribuição ao Poder Judiciário para, supletivamente, no caso concreto, “criar” a norma regulamentadora individual e possibilitar a fruição do direito por parte do interessado.**⁸¹ (Grifou-se)

Nesse sentido, o que se verifica na atual jurisprudência do Supremo – quando da assunção de uma postura concretista geral em relação aos efeitos da decisão injuncional –, é um efetivo controle judicial, constitucionalmente viável e necessário, de omissão legislativa inconstitucional que, não raro, ofende direitos fundamentais de natureza coletiva ou até difusa, o que reclama essa “modulação” da eficácia decisória em atenção

80 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 118-119.

81 MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 124.

ao princípio da igualdade de tratamento e outros princípios essenciais ao regime democrático de Direito.

É dizer, ao que tudo indica, a teoria concretista geral recentemente perfilhada pelo STF procura, além de conferir efetividade à Constituição Federal, preservar o princípio fundamental da isonomia, já que, na hipótese de adotar-se sempre a teoria concretista individual, a variedade de julgados versantes sobre a mesma matéria poderia ocasionar, porventura, decisões contrastantes, malferindo o indigitado princípio.⁸² De outro lado, quer parecer que a medida também homenageia outros princípios elevados como a celeridade e economia processuais, porque elide a possibilidade – ou, melhor dizendo, probabilidade – da proliferação de demandas injuntivas que venham a postular situações jurídicas idênticas àquela já decidida.

PFEIFFER, para quem a tese concretista geral vem ao encontro das finalidades do mandado de injunção e dos propósitos fundantes da jurisdição constitucional, faz cordato apontamento ao ressaltar a inviabilidade de usurpação de poderes pelo Judiciário no sistema de freios e contrapesos desenhado pela Lei Magna, *ad litteris et verbis*:

...não há qualquer possibilidade de o Poder Judiciário sobrepor-se aos demais poderes: bastará ao órgão incumbido da atribuição de regulamentar o direito que embasou a impetração do mandado de injunção cumprir o seu dever, que se operará de imediato a substituição da regulamentação provisória realizada pelo Poder Judiciário pela regulamentação definitiva levada a cabo pelo ente originariamente competente para tanto.

Portanto, entendemos que se está conferindo ao Poder Judiciário uma atribuição perfeitamente suscetível de controle pelos demais poderes. Caso o órgão competente para a regulamentação sinta-se usurpado de uma função a ele atribuída, para vê-la resguardada bastará cumprir seu dever de regulamentar o direito constitucional cuja inefetividade motivou a impetração do mandado de injunção. O que não nos parece razoável é que o Poder Judiciário furte-se de controlar a omissão inconstitucional dos demais poderes em regulamentar direitos previstos na Constituição, permitindo que seus titulares continuem a não poderem usufruí-los.⁸³

Partindo, nessa esteira, do pressuposto basilar de que a concreção da Constituição cabe a toda República Federativa do Brasil, tem-se que, se algum dos poderes constituídos abster-se de sua função predominante e, em razão disso, direitos constitucionalmente reconhecidos (inclusive os de naturezas coletiva e difusa) resultarem inviabilizados, não é razoável admitir-se que se configure dupla omissão inconstitucional

82 A abalizada doutrina de PFEIFFER toma esse norte, ao compreender que a atividade exercida pelo Poder Judiciário no mandado de injunção apresenta os traços necessários para ser concebida como de índole jurisdicional, o que não é distorcido pelo simples fato de a normatização operada pela decisão injuntiva ser precisamente igual para todos aqueles que se encontrem na mesma situação fática do impetrante. Destaca, ainda, que a concepção apregoada pela vertente concretista geral encerra solução que melhor se alinha às regras de competência fixadas na Carta Maior, as quais acumulam, em sua maioria, a atividade jurisdicional do Estado nos Tribunais Superiores, máxime no Supremo Tribunal Federal, além do que configura a única solução que exclui inteiramente a possibilidade de decisões contraditórias, em prestígio ao princípio fundamental da isonomia. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 106. Em posição idêntica: GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 78, n. 647, set. 1989., p. 42-43.

83 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 109.

do Poder Público e, numa incongruente defesa de visão há muito tempo suplantada sobre a separação dos poderes, persistir-se em inércia que inviabiliza direitos fundamentais, solapa a normatividade da Carta Política e inutiliza garantia fundamental cujo espírito teleológico foi o de justamente reacender a efetividade de preceitos constitucionais que se vissem esmorecidos pela mora abusiva do órgão legiferante incumbido de lhes desenvolver a plena eficácia.

Finalmente, lapidares são os dizeres do insuperável CANOTILHO, o qual, com pena de ouro, bem condensa a finalidade essencial que vivifica esse instrumento constitucional, e que deve ser lembrada por qualquer posição interpretativa de que se valha o operador do direito:

Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação era vasar em moldes normativos regras actuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase a função judicial, se conseguir chegar a uma protecção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o "rochedo de bronze" da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará os seus objectivos.⁸⁴ [sic]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, pode-se inferir que o mandado de injunção constitui nova garantia constitucional no Direito brasileiro, tão peculiar que não encontra paralelo idêntico no Direito Comparado, e que, antes de tudo, colima realizar direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, que estejam pendentes de regulamentação infraconstitucional. Nesse norte, constata-se que o *writ* de forma alguma poderá ser interpretado que nem a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, visto serem instrumentos ontologicamente distintos. Consequentemente, a natureza de sua decisão deve assumir um perfil aditivo, porquanto se destina a suprir, em moldes normativos antes faltantes no ordenamento, uma situação jurídica constitucionalmente reconhecida, que só não irradiou eficácia plena no mundo jurídico por inércia do Poder competente em regulamentá-la.

De outra banda, verifica-se que o princípio da separação de poderes, em sua hodierna concepção democrática e republicana, tal qual albergada pela Carta Política de 1988, é regido pelo mecanismo de freios e contrapesos e por uma interpenetração de funções, de sorte que há um sistema de controle e vigilância mútua entre os Poderes e o exercício de funções atípicas por cada um deles, sem prejuízo das atribuições predominantes (funções típicas) de cada um. Assim, à proporção que o poder competente mantém-se omissivo em expedir a norma de que depende o exercício de direito constitucionalmente reconhecido, caberá ao Poder Judiciário possibilitar aos titulares desse direito o seu pleno exercício, que só ficou obstado em razão da indevida – e, sobretudo, inconstitucional – morosidade do órgão encarregado de atuar legislativamente

84 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanção de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 367.

os direitos encartados em dada norma de eficácia limitada.

Outrossim, o comando constitucional do inciso LXXI do art. 5º configura expressa autorização para que o Judiciário, ampliando o espectro de sua jurisdição, suplemente a norma reguladora do caso concreto a fim de realizar direito constitucional legítimo. Nesse quadrante, cuida-se de mais uma exceção à separação dos poderes que o legislador constituinte voluntariamente inscreveu no texto constitucional, a exemplo de tantas outras já cediças, tais como as preceituadas nos artigos 52, incisos I e II, 61, § 1º e respectivos incisos, 62, *caput*, 96, I, *a* e 103-A, *caput*, todos da Magna Carta. São as funções atípicas dos órgãos estatais, que em nada liquidam com a higidez jurídico-política do princípio da separação dos poderes.

E assim sucede na novel concepção pretoriana sobre o mandado de injunção. Ou seja, assim como não há infringência ao princípio da separação dos poderes quando o Senado Federal, sob a égide de competência privativa constitucionalmente fixada, processa e julga o Presidente da República e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade (função judicante atípica do órgão legislativo), ou quando o Presidente da República edita medida provisória, com força de lei, também com supedâneo em competência que lhe é constitucionalmente cometida (função legiferante atípica do órgão executivo), também não há violação desse postulado quando o Supremo Tribunal Federal, que aqui representa o Poder Judiciário, elabora seu regimento interno, edita súmulas vinculantes (que também possuem eficácia geral e abstrata) ou atribui efeito *erga omnes* a decisões injuncionais com o objetivo de concretizar isonomicamente direitos fundamentais penderes de regulamentação ordinária.

Assim procedendo, está o Judiciário apenas realizando a vontade da própria Constituição, visto que ela própria lhe comete tal função. Nessa senda, inexistente colisão de princípios a ser apontada na atual jurisprudência do Supremo sobre os efeitos do mandado de injunção, mas sim um legítimo exercício da jurisdição na forma ampliada, e constitucionalmente concebida. Noutras palavras, o Supremo, com a adoção do concretismo geral da decisão concessória da injunção, não está a legislar como já sustentado pela própria Corte em tempos de outrora. A atividade do Excelso Pretório continua sendo a judicante.

O guardião da Constituição Federal, nessa recente linha exegética, está tão-somente fazendo as vezes de um Poder Judiciário comprometido com os interesses da sociedade, no seguinte sentido: o Judiciário não será omissivo tal como o Legislativo foi ou está sendo. Nesse compasso, o Judiciário profere uma decisão com caráter normativo, a qual permite que o cidadão efetivamente exerça o seu direito, até que o Legislativo exercite a sua competência de editar normas gerais e abstratas. Assim que o faça o órgão legiferante, será então suprida a decisão do Supremo pela edição de lei, respeitados os atos jurídicos praticados e consumados durante a vigência provisória da decisão injuntiva.

Enfatize-se, igualmente, que há omissão inconstitucional quando o legislador descumpra com a sua obrigação constitucional de legislar, importando a sua inércia na inviabilização de direitos fundamentais cuja realização foi assegurada por imposição da Lei Maior. É certo que o legislador resulta imperativamente vinculado aos vetores constitucionais de fazer atuar normativamente direitos, liberdades e prerrogativas reconhecidos pela Carta Política, não podendo desatender a esses comandos, sob pena de inconstitucionalidade omissiva. E isso defluiu, naturalmente, do fato de que as normas

constitucionais de eficácia limitada, apesar de demandarem intermediação legislativa para a inteira produção de seus efeitos, possuem o mínimo efeito de vincular o legislador ordinário às suas diretivas.

Nesse diapasão, vê-se que desses mandamentos constitucionais nascem, *ab ovo*, um direito subjetivo público dos cidadãos de verem direitos seus – constitucionalmente reconhecidos – regulamentados pelo legislador, para que possam ser usufruídos. É desse mesmo direito subjetivo público dos cidadãos que também nasce, de outro lado e ao mesmo tempo, uma obrigação jurídico-constitucional do Legislativo de elaborar a norma da qual depende a fruição de direitos constitucionais, a qual, uma vez inadimplida, dá azo a uma pretensão de se exigir a edição da lei perante o Poder Judiciário, mediante a garantia fundamental do mandado de injunção.

Isso porque a Constituição Federal não é e nem pode ser um conjunto de recomendações, ou uma Carta de recados, mas sim Norma Fundamental de uma ordem jurídica que encerra programas e imposições a serem observadas e adimplidas tanto pelos cidadãos como pelos Poderes constituídos. A Constituição tem força normativa, e, nesse sentido, toda determinação nela contida deve ser cumprida, de sorte que não é dado ao legislador estabelecer juízo discricionário sobre a feitura de norma cuja elaboração é exigida pela Constituição. A discricionariedade do órgão legiferante pode tomar lugar quanto ao conteúdo normativo e determinados aspectos formais da lei que deverá viabilizar direitos, liberdades ou prerrogativas reconhecidas pela Constituição, e não quanto à sua edição, que é constitucionalmente obrigatória e cogente, razão pela qual deve ser atendida.

Também é de se perceber que a evolução do mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal enceta novo paradigma constitucional – mormente a partir do julgamento dos Mandados de Injunção números 670, 708 e 712 –, compreendendo uma nova maneira de se avaliar e decidir o remédio heroico. É mudança paradigmática, e não apenas caso isolado, em que a Suprema Corte decidiu consagrar a teoria concretista geral e proceder a uma definitiva alteração jurisprudencial, adotando postura concretista que impregna o mandado de injunção de alto relevo social e de pujante eficácia jurídica na tutela de direitos fundamentais.

Quer dizer, pode-se visualizar uma nova forma de se ver e de se pensar a teoria das omissões inconstitucionais perante o órgão de cúpula do nosso Poder Judiciário, como uma tentativa jurisprudencial não só de se conferir maiores efeitos ao mandado de injunção, mas também de dar maior concretude ao texto constitucional.

Dos direitos fundamentais do jurisdicionado que, indubitavelmente, saem beneficiados com a adoção da corrente concretista geral pelo Supremo Tribunal Federal, cabe elencar três principais, quais sejam: a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição), consubstanciada na plena otimização dos princípios da celeridade e da economia processual que a decisão vinculante, abstrata e geral da injunção paradigma proporciona, ao evitar multiplicação de demandas injuntivas que versem causas idênticas; a igualdade de tratamento, ou isonomia (art. 5º, *caput*, da *Lex Suprema*), tendo em vista que a eficácia *erga omnes* da decisão injuntiva tem entre uns de seus objetivos garantir que os direitos ou interesses postos em causa, concernentes a uma coletividade, quando não a uma transindividualidade indeterminável, sejam efetivados de forma homogênea a todos os seus titulares; e a indeclinabilidade do

controle jurisdicional, ou tutela judiciária, compreendida, em sede de mandado de injunção, como a efetiva prestação da função jurisdicional do Estado, realizando-se direitos fundamentais pendentes de uma regulamentação que nunca é baixada pelo órgão originariamente competente para tanto.

Sob essa última perspectiva, serve o mandado de injunção como expediente assecuratório da eficácia dos direitos fundamentais e restaurativo da máxima e permanente efetividade de que a Lei Fundamental deve ser dotada frente à sociedade. Compreende, ainda, meio que possibilita o controle jurisdicional de omissão legislativa incompatível com a ordem constitucional em vigor, o que culmina por bem ratificar uma postura objurgadora do Poder Judiciário contra uma inatividade legiferante que debilita a força normativa da Constituição.

Dessarte, observa-se que, sob hialina perspectiva da nova hermenêutica constitucional, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, rompendo com uma interpretação esvaziadora das finalidades tutelares do mandado de injunção, e sepultando de vez o dogma da absoluta e incommunicável separação funcional dos poderes, logrou retomar a importância político-jurídica desse *remedium iuris*, de molde a promover a sua ressurreição no ordenamento jurídico nacional e, por consequência, imbuí-lo da relevante função constitucional de concretizar direitos fundamentais carecentes de regulamentação estatal.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. Mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 77, n. 628, p. 423-425, fev. 1988.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, 3. ed. revista, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira, 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 107 do Distrito Federal, Brasília, DF, 23 de novembro de 1989. Tribunal Pleno. Impetrante: José Emídio Teixeira Lima. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 21 set. 1990. p. 9.782.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 323 do Distrito Federal, Brasília, DF, 08 de abril de 1994. Tribunal Pleno. Impetrante: Irconso Materiais para Construção Ltda. e outro. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 09 dez. 1994. p. 34.080.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712 do Pará, Brasília, DF, 25 de outubro de 2007. Tribunal Pleno. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará – SINJEP. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. **Diário da Justiça Eletrônico** – 206, Brasília, DF, 31 out. 2008. p. 384.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, p. 351-367, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**, tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAVALCANTE, Larissa Santiago Tenório. Mandado de injunção e o princípio da separação dos poderes. **Consulex**: Revista Jurídica, São Paulo, v. 6, n. 122, p. 31-33, fev. 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOBROWOLSKI, Sílvio. Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 27, n. 106, p. 27-36, abr./jun. 1990.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira; RIBEIRO, Fernando José Armando. O renascimento do mandado de injunção. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 10, n. 15, p. 131-156, jan./dez. 2008.

DUARTE, Marcelo. Mandado de injunção. **Revista Jurídica Mineira**, v. 7, p. 35-44, jun. 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 78, n. 647, p. 39-44, set. 1989.

HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**: uma apreciação da jurisprudência do STF sobre o mandado de injunção, à luz da doutrina contemporânea. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Conjecturas sobre o mandado de injunção. **Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral**, v. 1, n. 6, p. 18-21, jul. 1989.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MAIOR FILHO, Marcos Antônio Souto. Mandado de injunção. **Consulex**: Revista Jurídica, v. 5, n. 108, p. 31-35, jul. 2001.

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Ações Constitucionais**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"**, 18ª ed. (atualizada por Arnaldo Wald). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 23. ed. atual. até a EC nº 56/07, 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Mandado de injunção: um ensaio reconstutivo. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Belo Horizonte, v. 27, n. 65, p. 83-93, jul./dez. 1997.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. Instrumentos processuais de garantia no direito dos Estados Unidos da América. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v.14, n. 54, p. 343-361, jan./mar. 2006.

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

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SARAIVA, Paulo Lopo. O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 27, n. 108, p. 77-92, out./dez. 1990.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, José Afonso da. Mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Mandados de segurança e de injunção**: estudos de direito processual constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 397-

403.

STRECK, Lênio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro**: análise crítica e perspectivas políticas. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991.

SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de injunção. **Revista de Direito Público**, v. 23, n. 94, p. 146-151, abr./jun. 1990.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional brasileiro concretizado**: *hard cases* e soluções juridicamente adequadas. São Paulo: Método, 2006.

TEMER, Michel. Mandado de injunção e seus limites. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 24, n. 98, p. 27-32, abr./jun. 1991.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Mandado de segurança, mandado de injunção e institutos afins na Constituição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 143-196.