

O mandado de injunção analisado por meio da sistemática constitucional e suas implicações no ordenamento jurídico

William Meneses Baldi

Aluno do 4º ano diurno da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

Resumo: Problemática que inquieta e fomenta discussões e teorias em todos os países que adotam sistemas constitucionais contemporâneos tem sido a questão referente à executoriedade de normas constitucionais que por si só não se podem aplicar.

Nos tempos atuais, a Constituição deixou de ser um mero documento formal de garantias e direitos para afirmar-se como um diploma que deve assegurar materialmente suas previsões, a fim de evitar que o vértice do sistema jurídico esteja fadado ao desrespeito e à inocuidade. O ponto central do problema reside em como os direitos, que dependem de norma regulamentadora para serem exercitados, poderão ser usufruídos enquanto não regulamentados.

Este é o tema que balizará nossa explanação e nos permitirá, sem a pretensão de elucidar uma discussão interminável, traçar alguns pontos básicos consentâneos com o nosso atual Estado Democrático de Direito e o espírito de nossa Constituição.

Palavras-chave: mandado de injunção; eficácia das normas constitucionais; inconstitucionalidade por omissão; efetividade de direitos previstos na Constituição; separação de poderes.

“Quando vires que o Direito se afasta da Justiça, fica com a Justiça.”

(Couture)

1. Introdução

O Direito Constitucional mostra-se como a estrutura de todo o ordenamento jurídico, imantando-o com suas disposições através dos princípios e proposições fundamentais que irradia. Todas as normas jurídicas devem, obrigatoriamente, posicionar-se de acordo com as diretrizes estabelecidas na *Lex Maiori*, sob pena de serem retiradas da esfera jurídica por serem inconstitucionais.

Dessa forma, torna-se imprescindível e de grande relevância o estudo do Direito Constitucional, pois através da compreensão dos mecanismos que o regem poderemos entender, com maior clareza e precisão, os fins precípuos colimados pelo ordenamento jurídico. Buscando compreender melhor o funcionamento de determinados institutos constitucionais e de como estes interferem diretamente em nossas vidas, escolhemos o tema Mandado de Injunção para ser abordado neste artigo. A opção reside na complexidade que envolve o assunto, pois apesar de aparentemente parecer um instituto simples e de fácil assimilação, ensejam uma série de posicionamentos antagônicos a respeito do *writ* que torna complexo qualquer debate acerca do assunto.

O mandado de injunção ofenderia a Separação de Poderes? Quais são os seus limites? Estaria o Judiciário, ao analisar um caso em concreto submetido por meio de referida ação constitucional, invadindo função típica do Poder Legislativo ou Executivo? Ou não, compor uma lide *sub judice*, em que o direito de uma das partes torna-se inviável de ser exercitado em razão de ausência de norma regulamentadora de dispositivo constitucional, mostra-se simplesmente como uma função do Judiciário, de resguardar a ordem jurídica e garantir a eficácia da Constituição, evitando, assim, a completa ineficácia e total ausência de realização prática de direitos e prerrogativas assegurados na Lei Fundamental? Como vemos, a explana-

ção do tema envolve uma série de vertentes e pontos controvertidos que devem ser analisados à luz de uma interpretação sistemática da Constituição, que tenha como foco primordial a *mens legis* do constituinte ao criar em nosso sistema jurídico-constitucional referido *writ*.

Portanto, sem a pretensão de esgotarmos o assunto e sanar todas as polêmicas existentes, procuraremos desenvolver o tema por meio de uma exegese que o correlacione com o sistema Constitucional-positivo a fim de traçar um delineamento básico que oriente e esclareça um pouco das inúmeras dúvidas existentes acerca da real função do mandado de injunção e de como deve ser aplicado para que a prestação jurisdicional possa ser eficientemente realizada e seu objetivo efetivamente alcançado.

2. Aplicabilidade das normas constitucionais¹

Antes de iniciarmos a explanação específica acerca do mandado de injunção, convém trazer à baila alguns tópicos fundamentais que se mostram como verdadeiros pressupostos para a efetiva compreensão do *writ* constitucional. O Mandado de Injunção não consubstancia uma ação que possa ser impetrada para assegurar a viabilidade de qualquer direito previsto na Carta Política, sua finalidade é garantir um direito previsto na Constituição que não está sendo efetivamente exercido em razão da inexistência de norma infraconstitucional que o regule, conferindo-lhe assim, plena aplicabilidade. Sua utilização pressupõe real omissão normativa, isto é, é preciso que a norma constitucional não esteja sendo executada em razão de omissão do Poder Público que deveria regular aquela questão, a nível infraconstitucional, e não o fez, inviabilizando assim, o exercício de referido direito.

Uma das primeiras doutrinas a tratar a respeito da aplicabilidade das normas constitucionais foi a preconizada por Thomas M. Cooley,

¹ Ver a respeito SII VA. s/d

nos Estados Unidos, e agasalhada no Brasil por Ruy Barbosa. Tal doutrina classificava as normas constitucionais, quanto à sua aplicabilidade, em *self executing provisions* e *not self executing provisions*, respectivamente, normas auto executáveis e não executáveis por si só.² Na clássica lição de José Afonso da Silva, as normas constitucionais subdividem-se, quanto à sua aplicabilidade, em *normas de eficácia plena, contida e limitada*.

Por conseguinte, constatamos a existência de três níveis normativos referentes à aplicabilidade / executoriedade das normas constitucionais. As normas de *eficácia plena* são aquelas que possuem uma densidade normativa suficiente que lhes confere plena executoriedade, de forma que os direitos e garantias nelas presentes têm o condão de serem gozados diretamente, dispensando a existência de eventual ato infraconstitucional que venha a regulá-los.

Já as normas de *eficácia contida*, são as que podem ser executadas por si só, tendo em vista que possuem grau de normatividade que lhes possibilita plena aplicação. Contudo, o legislador constitucional conferiu ao legislador ordinário a possibilidade de restringir, isto é, reduzir o alcance da norma constitucional, por meio de uma disposição infraconstitucional que limita a abrangência daquele dispositivo. A doutrina costuma destacar a *elasticidade* de tais normas, tendo em vista que podem ser comprimidas ou não pelo Poder Público (e quando comprimidas, em diferentes proporções). Ex. art. 5º, XIII, CF: “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*” (grifo nosso). Por meio da leitura deste dispositivo, constatamos tratar-se de um clássico exemplo de norma de eficácia contida, já que a Constituição asseverou claramente que é livre o exercício de qualquer trabalho,

ofício ou profissão, porém, dispôs que para o exercício de determinadas atividades pode a lei estabelecer específicas qualificações profissionais, como é o caso de médicos, advogados, dentistas, engenheiros etc.

Por fim, temos as normas de *eficácia limitada*, que em virtude de seu baixo teor normativo, necessitam de complementação infraconstitucional para que possam ter desenvolvida sua eficácia. Apesar de não produzirem efeitos concretos / positivos, pois para irradiá-los necessitam de complementação legiferante ou administrativa, elas possuem um duplo efeito negativo: impedem que legislação infraconstitucional que as contrarie entrem na esfera jurídica e evitam de inconstitucionalidade legislação anterior que não se amolde aos ditames nelas consubstanciados. A respeito, vale transcrever o que ensina o prof. José Afonso da Silva: “Sendo também dotadas de um mínimo de eficácia, regem, até onde possam (por si ou em coordenação com outras normas constitucionais), situações, comportamentos e atividades na esfera de alcance do princípio ou esquema que contêm”, destacando, em seguida, alguns de seus efeitos, tais como “estabelecer um dever para o legislador ordinário e condicionar a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou os atos que as ferirem”³.

Esta breve explanação tornou-se necessária para compreendermos em que situações o remédio injuncional terá aplicação. É preciso estabelecer de forma clara e precisa a íntima *correlação existente entre mandado de injunção e normas constitucionais de eficácia limitada*, pois para assegurar a efetividade destas é que o legislador constituinte incorporou referido mandado em nosso sistema jurídico. Também vale salientar que *toda norma constitucional é dotada de eficácia, em maior ou menor grau, ainda que sua*

² Cf. PIOVESAN, 1995:52.

³ SILVA, 2003:164.

eficácia seja negativa (impedir elaboração de lei que a contrarie), mas sempre é dotada de força jurídica que torna sua observância obrigatória por parte de todos.

Portanto, verificamos que o mandado de injunção terá lugar quando uma norma constitucional de eficácia limitada não possa ser executada em virtude da omissão do Poder Público em proceder à sua regulação. Destarte, temos que a função precípua do *writ* injuncional é suprir uma omissão do Poder Público que não regulou determinada matéria para que o direito previsto na Carta Política, consubstanciado em uma norma de eficácia limitada, pudesse ser plenamente usufruído.⁴

3. Mandado de Injunção

Assim dispõe o art. 5º, LXXI, da Constituição Federal: “*conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”. Analisando o dispositivo acima mencionado, constatamos a real função do mandado de injunção: *garantir a eficácia de dispositivos constitucionais que não estejam sendo exercitados em razão da ausência de norma regulamentadora infraconstitucional que lhes desenvolva plena aplicabilidade*. Com clareza, assevera o prof. José Afonso da Silva: “Sua principal finalidade consiste em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação”, destacando ainda, “*revela-se como um instrumento da realização prática da disposição do art. 5º, § 1º*”⁵. Assim, na esteira de desenvolvimento da lição acima posta, verificamos que o mandado de injunção se mostra como a ferramenta precisa que viabiliza o § 1º do art.5º da Constituição Federal. Por meio de

uma exegese sistemática, que conjuga o § 1º do art.5º com seu inciso LXXI, constatamos a clara e inequívoca intenção do Poder Constituinte originário em dar plena eficácia aos dispositivos definidores dos direitos e garantias fundamentais, isto porque, além de dispor expressamente que referido rol possui aplicação imediata, criou o mandado de injunção, instrumento destinado especificamente a evitar que os direitos e liberdades constitucionais circunscrevam-se somente ao âmbito da garantia formal, tornando-se letra morta, sem aplicação material, em virtude da falta de complementação legislativa ou administrativa.

4. Separação de Poderes – Sistema de Freios e Contrapesos (*Checks and Balances*)

É exatamente neste ponto que reside a maior polêmica e discussão doutrinária e jurisprudencial (discussão essa que divide o próprio Supremo Tribunal Federal em, basicamente, duas correntes de entendimento como veremos no próximo tópico). Ao compor uma lide que lhe é submetida através da via injuncional, estaria o Poder Judiciário legislando, invadindo, assim, esfera de atribuição típica do Poder Legislativo? Ou não. Analisar o pedido do paciente e garantir-lhe o gozo de determinado direito que esteja tendo seu exercício obstado pela ausência de norma regulamentadora é também uma função típica do Poder Judiciário que, por meio de sua Suprema Corte, deve zelar pela Constituição e pelo respeito íntegro aos seus mandamentos e diretrizes, como prescreve o art. 102, *caput*, da Carta Magna: “*Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*”?

É certo que o mandado de injunção juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foram remédios introduzidos pelo legislador constituinte para combater a ineficácia de dispositivos constitucionais ge-

⁴ Cf. MORAES, 2003b:41 e 179.

⁵ SILVA, 2003:447.

rada pela omissão do Poder Público em proceder às complementações necessárias, reclamadas por normas constitucionais para que possam desenvolver seu conteúdo tendo plena eficácia positiva. A nosso ver, a função clara do mandado de injunção é suprir, com efeitos *inter partes* e não *erga omnes*, a omissão normativa, criando a regulação específica para o caso concreto. Não pode referido remédio ter efeito *erga omnes*, pois isto sim, caracterizaria plena afronta ao princípio da separação de poderes consubstanciado no art. 2º da *Lex Maiori*, já que, neste caso, estaria o Judiciário criando uma norma genérica, abstrata e geral, invadindo, dessa maneira, esfera de atuação típica do Legislativo; mas a regulamentação do caso concreto, suprimindo a omissão normativa existente objetivando viabilizar o exercício do direito ou prerrogativa constitucional, é um mister determinado pela própria Constituição, fruto da vontade do legislador constituinte, e não pode ser simplesmente ignorado em seus efeitos jurídicos como se não existisse. Nesse sentido, ensina a prof.⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “O mandado de injunção exige uma solução para o caso concreto, e não uma decisão com efeito *erga omnes*. O Judiciário decidirá, dizendo o conteúdo da norma que se aplicará ao caso concreto e fará coisa julgada, insuscetível de ser alterada por norma legal ou regulamentação posterior”⁶.

Tal entendimento mostra-se plenamente harmônico com a separação de poderes, não havendo qualquer incompatibilidade que eive de inconstitucionalidade (eventual afronta à cláusula pétrea referente à separação de poderes) a manifestação do Judiciário ao compor uma lide via mandado de injunção. No caso concreto o Tribunal não estaria legislando, mas simplesmente compoando uma situação particular em que um direito constitucional estaria sendo inviabilizado por ausência de regulamentação.

A respeito deste ponto, vale destacar o que ensinou Alexandre de Moraes: “Plenamente conciliável o art.5º, LXXI e o art.5º, XXXV com o art.2º, todos da Constituição Federal, pois o Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional, deverá evitar a ameaça ou a lesão a direitos, liberdades ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, decorrentes da omissão do Poder competente, declarando a existência da omissão e permitindo que o prejudicado usufrua da norma constitucional, nos moldes previstos na decisão, enquanto não for colmatada a lacuna legislativa ou administrativa”⁷.

Analisando sistematicamente o ordenamento jurídico, podemos estabelecer uma correlação entre o mandado de injunção e a proibição do *non liquet*, prevista no art.4º da Lei de Introdução ao Código Civil⁸, que assim prescreve: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, conjuntamente com o art.126 do Código de Processo Civil, que dispõe: “**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**” (grifo nosso). No caso, o Tribunal, utilizando-se destes parâmetros, regularia a situação *sub judice* objetivando assegurar eficácia ao texto constitucional. Sua decisão, como já foi destacado, teria efeitos *inter partes*, e não *erga omnes*, e muito menos seria uma regulação genérica e abstrata (característica de uma lei) o que afasta assim, qualquer indício de inconstitucionalidade por desrespeito à separação de poderes.

Contudo, a jurisprudência majoritária não tem adotado este entendimento. Apesar de já notarmos uma significativa mudança a

⁶ DI PIETRO, 2004:659.

⁷ MORAES, 2003:187.

⁸ CF BARROSO. 2003:268

respeito dos efeitos jurídicos do *writ* constitucional, grande parte da jurisprudência ainda mantém entendimento no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário criar norma para o caso concreto sob pena de afronta à separação de poderes, dessa maneira, pela via injuncional, o Tribunal limita-se a constituir em mora o órgão incumbido da respectiva produção normativa. A respeito disso, pronunciou-se o Ministro do Supremo Tribunal Federal Néri da Silveira, destacando: “Há, como sabemos, na Corte, no julgamento dos mandados de injunção, três correntes: *a majoritária*, que se formou a partir do mandado de injunção n.º107, que *entende deva o Supremo Tribunal Federal, em reconhecendo a mora do Congresso Nacional, comunicar a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei*”⁹ (grifo nosso). Ocorre que tal posicionamento faz com que os efeitos do mandado de injunção sejam idênticos ao da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que é o remédio adequado para que o STF declare a mora do Congresso Nacional no tocante à elaboração normativa a qual lhe incumbe. Tal decisão tem mero caráter de admoestação, isto é, não vincula o Congresso Nacional a elaborar a norma regulamentar já que, se assim o fosse, estar-se-ia violando o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) o que levaria a uma fenda na separação de poderes, isto sim, incompatível com a Constituição Federal. A respeito do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ensinamento da prof^a. Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “*Ainda que o fundamento das duas seja o mesmo* - omissão de norma necessária para tornar efetivo o exercício de direito constitucional -, *a finalidade é diversa, pois, caso contrário, não haveria necessidade de previsão das duas medidas na*

Constituição e não haveria normas diversas sobre a competência para o mandado de injunção”¹⁰ (grifo nosso).

Portanto, a partir da análise conjunta dos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, podemos constatar que cada instrumento possui seu escopo específico, não se confundindo em momento algum suas conseqüências no mundo jurídico. Ainda que o pressuposto para a propositura de ambos seja idêntico, ou seja, ausência de regulamentação normativa que confira plena eficácia a um direito ou prerrogativa constitucional, seus efeitos estão voltados para esferas distintas. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, §2º, da Constituição Federal dispõe que por meio de tal instrumento será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias. Logo, temos que o instrumento hábil para cientificar da *mora legislatoris* o Poder competente é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Não cabe ao mandado de injunção tal incumbência, a ele compete a regulação / solução do caso concreto em que um direito ou prerrogativa constitucional esteja tendo seu exercício obstado por ausência de norma regulamentadora infraconstitucional. Como já foi dito, sua finalidade precípua é assegurar a eficácia de direitos e prerrogativas previstos na Constituição, evitando dessa maneira que as normas constitucionais sejam inertes e ineficazes.

Na realidade, *tal interpretação torna o mandado de injunção um instrumento inócuo*, pois o equipara à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não lhe conferindo nenhum efeito prático, esvaziando sua potencialidade jurídica de remédio voltado à garantia de eficácia dos direitos e prerrogativas constitucionais.

⁹ Pronunciamento do Ministro Néri da Silveira. Ata da 7ª (sétima) sessão extraordinária do STF, 16 de março de 1995, publicada no Diário da Justiça, 4 de abril de 1995, Seção 1, p.8.265, citado por MORAES, 2003b:184.

¹⁰ DI PIETRO 2004:658.

5. Inconstitucionalidade de dispositivos constitucionais

Como vemos, existe séria divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito da aplicação prática e de qual é o real provimento jurisdicional a ser oferecido por meio do *writ* injuncional. Muitos alegam que o mandado de injunção feriria a separação de poderes, o que assim, o tornaria inconstitucional. Tal posicionamento, contudo, baseia-se na premissa da existência de dispositivo constitucional que afronta a própria Constituição. Disso decorre uma questão: *existem normas constitucionais inconstitucionais?* A questão é de uma problemática apenas aparente, porque aplicando-se princípios de hermenêutica constitucional chegamos a uma resposta satisfatória. *Normas oriundas do Poder Constituinte Originário não podem ser inconstitucionais* porque o mesmo, ao editar o complexo normativo constitucional, não encontra limite em nenhum poder jurídico anterior, trata-se de um poder de fato, ilimitado e incondicionado; eventuais choques (antinomias jurídicas aparentes) que ocorreram entre princípios ou normas deverão ser solucionados através de uma interpretação harmônica que os correlacione e os coordene dentro dos objetivos primordiais traçados pelo Constituinte, devendo-se sopesar os bens jurídicos de acordo com as circunstâncias do caso concreto, a fim de se alcançar o objetivo precípuo do Texto Constitucional. Assim, somente poderemos falar de norma constitucional inconstitucional no caso de uma Emenda à Constituição (*Poder Constituinte Derivado*) que viole diretamente uma cláusula pétrea, pois este rol reveste-se de um manto que o torna fixo e imutável, somente podendo ser alterado por um novo Poder Constituinte Originário. Portanto, constatamos, por uma interpretação calçada na hermenêutica constitucional não haver qualquer

indício de inconstitucionalidade no instituto mandado de injunção, até mesmo porque *o pretensão choque que é alegado ocorre entre duas cláusulas pétreas* (art.60, §4º, incisos I e IV da CF).

Dessa forma, temos que o mandado de injunção é um instrumento concebido dentro da doutrina dos *checks and balances* para garantir efetiva aplicação e executoriedade aos dispositivos constitucionais. Tal posicionamento é o corolário de que nenhum poder de Estado detém funções exclusivas, mas sim preponderantes / típicas, e a pessoa não pode ver seu direito, assegurado claramente pela Constituição, obstado pela não atuação do poder competente em elaborar a norma regulamentadora.¹¹

6. Entendimentos e correntes do Supremo Tribunal Federal¹²

Tais são as divergências acerca dos efeitos práticos do mandado de injunção, que o próprio Supremo Tribunal Federal, apesar de ter um posicionamento majoritário (somente informar a omissão ao Poder Competente sem regular o caso concreto), encontra-se, atualmente, dividido em basicamente duas correntes interpretativas, que por sua vez, subdividem-se em outras vertentes de entendimento específico. Assim sendo, na lição do ex - Ministro Néri da Silveira, dada em pronunciamento na ata da 7ª sessão extraordinária do STF, e explanada com clareza por Alexandre de Moraes¹³, podemos classificar tais posições em *concretista* e *não – concretista*. “Pela posição concretista, presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente. Essa posição divide-se em duas

¹¹ PFEIFFER, 1999:108 e 112.

¹² Conferir a respeito explicação detalhada na obra de MORAES, 2003b:184 a 188, e PIOVESAN, 1995:131 a 147.

¹³ Cf. MORAES, 2003b:184.

espécies: *concretista geral* e *concretista individual*¹⁴ (grifo nosso). Pela posição *concretista geral*, a decisão do Poder Judiciário possuirá efeito *erga omnes*, aplicando-se a todos os casos semelhantes, (similar a um efeito vinculante). Segundo Moraes, *a decisão terá efeitos erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral (grifo nosso). Tal posicionamento, a nosso ver, não é o mais adequado, tendo em vista que não é função precípua do Poder Judiciário legislar em sede de mandado de injunção e sim dar efetiva resolução aos casos concretos. Na esteira de tal raciocínio entendimento do prof. Canotilho: “O mandado de injunção não tem por objecto uma pretensão a uma emanção, a cargo do juiz, de uma regulação legal complementadora com eficácia ‘erga omnes’. O mandado de injunção apenas viabiliza, num caso concreto, o exercício de um direito ou liberdade constitucional perturbado pela falta parcial de lei regulamentadora. Se a sentença judicial pretendesse ser uma norma com valor de lei ela seria nula (inexistente) por usurpação de poderes”¹⁵. Por meio da posição *concretista individual*, o Poder Judiciário decidiria o *writ injuncional* com efeitos *inter partes*, e não *erga omnes* como no caso da *concretista geral*. A posição *concretista individual*, por seu turno, subdividi-se em duas vertentes: *concretista individual direta* e *concretista individual intermediária*. “Pela *concretista individual direta*, o Poder Judiciário, imediatamente ao julgar procedente o mandado de injunção, implementa a eficácia da norma constitucional ao autor. (...). Como afirmado pelo Ministro Marco Aurélio: sob a minha ótica, o mandado de injunção tem, no tocante ao provimento judicial, efeitos concretos, beneficiando apenas a parte envolvida, a impetrante”¹⁶. A posição *concretista individual intermediária* preceitua que, constatando o Judiciário os pres-

supostos do Mandado de Injunção (ausência de norma regulamentadora acerca de direito, liberdade ou prerrogativa constitucionais e conseqüente inviabilidade do exercício de tal direito liberdade ou prerrogativa) deverá imediatamente comunicar a omissão *legislatoris* ao Poder Competente, para que, dentro de certo prazo estabelecido, o mesmo cumpra seu mister constitucional. Caso após o decurso do lapso temporal a norma regulamentadora não venha a ser editada, o Poder Judiciário, aí sim, regularia o caso concreto com efeitos *inter partes*. Os defensores desta tese afirmam que assim, não haveria qualquer ofensa à separação de poderes pois, antes de implementar o direito no caso concreto, o Poder Judiciário informaria o Poder Competente da omissão existente a fim de que se proceda à regulamentação legislativa. Somente no caso de persistir a ausência de norma reguladora infraconstitucional, o Poder Judiciário resolveria o caso concreto, regulando a situação *sub judice*. É o caso do **MI 232**, que assim determinou: “(...) Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida”.

Por fim, cumpre analisar os efeitos da *posição não-concretista*, adotada pela jurisprudência dominante do Pretório Excelso. Segundo tal entendimento, ao analisar o mandado de injunção e constatar a ausência de norma regulamentadora que obstaculize o exercício de direito ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (pressupostos do *writ*), o Poder Judiciário limitar-se-ia a co-

¹⁴ MORAES, 2003b:185.

¹⁵ José Joaquim Gomes Canotilho citado por MORAES, 2003b:186.

¹⁶ MORAES, 2003b:186.

municar o Poder Legislativo de sua mora (em caso de órgão administrativo, este deverá proceder à elaboração normativa em 30 dias), sem regulamentar o caso concreto. Vejamos acórdão que traz o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “Em face dos textos da Constituição relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada a titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o art.5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentar, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora regulamentar por parte do Poder, órgão ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art.103, §2º da Carta Magna), e de que se determine se tratar de direito constitucional opoável contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão constitucional”.¹⁷

O efeito prático de tal posição em nada se diferencia dos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tendo em vista que somente colocará em mora o Poder Legislativo. “Uma das principais críticas que vêm sendo opostas a essa concepção do mandado de injunção é a de que o STF tratou como se fossem idênticas as finalidades do mandado de injunção e a da ação de inconstitucionalidade por omissão, já que em ambos o Poder Judiciário irá proferir a declaração da inconstitucionalidade por omissão do órgão, pessoa ou poder incumbido de editar a regulamentação”¹⁸. No mesmo sentido: “Crítica-se essa posição por tomar os efeitos do mandado de injunção idênticos aos da ação direta de inconstitucionalidade

de por omissão (CF, art.103, §2º), apesar de serem institutos diversos”.¹⁹ Vale ratificar que o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão são institutos diversos voltados para finalidades precipua-mente distintas, esta visa a comunicar o Poder Competente de sua mora legislativa e aquele assegurar plena eficácia aos dispositivos constitucionais não exercitáveis em razão de ausência de regulação infraconstitucional. Assim destacou o prof. Luís Roberto Barroso: “Sem nutrir simpatia pela inovação representada pelo mandado de injunção e rejeitando o ônus político de uma competência normativa que não desejava, a corte esvaziou as potencialidades do novo remédio. Invocando assim, uma visão clássica e rígida do princípio da separação de poderes, promoveu a equiparação do mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tendo como primeiro precedente o julgamento do MI 107-3-DF”²⁰.

7. Conclusão

Em suma, como pudemos verificar a partir da breve explanação deste artigo, constatamos quantos problemas e discussões ainda cercam o tema referente aos reais contornos do provimento jurisdicional do mandado de injunção. No entanto, apesar da nebulosidade de entendimentos existente, podemos delinear pontos básicos sobre o remédio injuncional.

De acordo com nosso entendimento, ao analisar a injunção, o juiz ou Tribunal deverá, constatando os pressupostos do mesmo (falta de norma regulamentadora + inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania + liame que os una) regular a situação concreta, dispondo de que maneira o direito em questão deverá ser exerci-

¹⁷ STF – MI nº 107 – Rel. Ministro MOREIRA ALVES, RTJ 133/11, citado por MORAES, 2003a:424.

¹⁸ PFEIFFER, 1999:82.

¹⁹ MORAES, 2003b:188.

²⁰ BARROSO 2003:261

tado bem como estabelecendo os parâmetros de sua aplicação. Note-se que tal regulamentação não se dará de modo ilimitado e incondicionado, muito pelo contrário, o Juízo estará adstrito aos valores e princípios consagrados na Constituição Federal e deverá sopesar os bens jurídicos do caso concreto buscando, continuamente, resolver a questão à luz dos ditames constitucionais, ou seja, tendo como ponto norteador as prescrições e o espírito do Estado Democrático Brasileiro.

Tratar-se-á de uma tarefa interpretativa e integrativa do ordenamento jurídico. Balizado pela analogia, pelos costumes e pelos princípios gerais de direito (art.4º, LICC c.c. art.126, CPC), o julgador deverá dar uma resposta concreta que efetive o direito assegurado na Constituição, que ainda não encontrou sua específica disciplina infraconstitucional.

Já não resta mais dúvidas a respeito da força normativa que repousa nas normas constitucionais, e justamente em razão disso, visando a assegurar o efetivo gozo dos principais direitos, liberdades e prerrogativas constitui-

onais, o legislador constituinte conferiu tal alcance e capacidade ao mandado de injunção, quis o Constituinte fazer com que a *Lex Maiori* passasse de um simples documento formal de garantias e direitos a um documento potencialmente prático com efeitos materiais, desejou, ao criar o *writ* injuncional, evitar que as normas constitucionais de aplicabilidade limitada caíssem no ostracismo e se tornassem letra morta, sem realização e efeitos concretos.

Não poderíamos deixar de destacar que nos últimos anos ocorreram várias mudanças de Ministros no Pretório Excelso, sendo certo que ainda não há como afirmar de que maneira a nova composição do Tribunal analisará os casos injuncionais. Esperamos ansiosamente que haja uma nova interpretação do *writ*, que lhe confira sua real função e potencialidade dada pelo legislador constituinte originário, qual seja, a de garantir o efetivo exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, impedindo assim, que em razão da não complementação normativa infraconstitucional, a pessoa tenha tolhido um direito assegurado pela Constituição Federal, vértice de todo o sistema jurídico.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MI 107, MI 232 e MI 586-5 disponíveis na Internet via: <http://www.stf.gov.br>.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003a.

_____. *Direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003b.

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*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, s/d.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.