

SOBRE AS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS E A PROFICUIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO CONTRA TAIS: EXEGESE VALORATIVA

Rafael José Nadim de LAZARII
Sérgio Tibiriçá AMARAL^{II}

RESUMO: Municiado com os métodos lógico, dedutivo, histórico e comparativo, o Ensaio que se segue lança-se sobre meritório tema na comunidade jurídica, em razão da esfera de abrangência jurídico-político-social que ocupa, qual seja, o nível de gravidade factual existente numa omissão legislativa e o fidalgo atributo desempenhado pelo Mandado de Injunção contra tal ausência. Assim, ver-se-á que, não obstante as lacunas infraconstitucionais tangíveis à Lei Max pátria, o remédio constitucional em comento age com fito de supri-las. Resta pacificar, contudo, qual o alcance do presente *writ* no ordenamento pátrio, qual o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a mora legislativa, e ao final desta exegese emitir-se-á um juízo valorativo sobre.

PALAVRAS-CHAVE: Omissão legislativa; Mandado de injunção; Ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão; Aplicabilidade de normas constitucionais; Tripartição de funções.

1 LINHAS PREAMBULARES

Aos cinco dias de outubro de 1988, após cerca de 25 anos de experiência ditatorial e 20 de Constituição pactuada com tal, o país voltava, enfim, aos trilhos democráticos.

Contemporânea e reflexiva, a Constituição Federal pátria marcou o seu desvencilhamento com o Estado, que até então a utilizara como arma a seu favor (como havia sido com todas as Constituições até então), e celebrou sua união com o povo anelante por mudanças.

^I Discente em Direito pelas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Aluno-pesquisador do Grupo de Iniciação Científica “Novos Rumos do Processo de Conhecimento”, sob orientação do Prof. Doutor Gelson Amaro de Souza, pela aludida Faculdade. Estagiário da Procuradoria da República em Presidente Prudente/SP. E-mail: rafa_scandurra@hotmail.com

^{II} Docente e Coordenador do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Mestre em Sistema Constitucional de Garantias e Doutorando em Direito pela Instituição Toledo de Ensino, em Bauru/SP. E-mail: sergio@unitoledo.br

Décadas mais tarde, recheada de Emendas, a Constituição Federal brasileira contempla dispositivos que sequer entraram em funcionamento, não pela ineficácia ou inaplicabilidade da norma, mas pela inoperacionalidade legislativa que não lhes forneceu as “peças necessárias” que movimentassem a engrenagem oculta por trás deles.

“Omissão legislativa”. Foi esta a nomenclatura utilizada para o que acontece com tais dispositivos. Tratam-se de lacunas condicionadas ao conteúdo da expressão “regulamentação infraconstitucional”.

A ausência de funcionamento automático não significa dizer, contudo, que não possam tais normas ser movimentadas “manualmente”. Prevendo ou não as incertezas do amanhã, o legislador constituinte delas se precaveu fazendo constar dentro do próprio texto constitucional dois mecanismos comumente chamados “remédios”, quais sejam, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção. É sobre este último instituto que hão de florescer as ideias deste ensaio.

2 UM OLHAR SOBRE A EFICÁCIA E A APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Com fito de acessibilidade a leitores e intérpretes (mesmo os juridicamente leigos), de máxima exposição de conteúdo com a mínima utilização de palavras, e de vetor às codificações existentes e a existir; o texto de uma Constituição não deve se prolongar em divagações e especificidades como devem fazer os Códigos Materiais e Procedimentais. O Texto Brasileiro foi feliz nisso.

Deixando um pouco “de lado” a análise teleológica *supra* e navegando pelo campo situacional, em 1988 o ciclo de redemocratização em que o país estava prestes a adentrar era absolutamente incompatível com o Texto ainda “sessentista” (1967 mais a alteração de 1969).

Isso fez com que houvesse certa “pressa” em promulgar uma nova Regra norteadora à Nação. Assim, no texto final o que se viu foi uma compilação de matérias sábia e amplamente discutidas e pacificadas, de matérias não-apaziguadas, e de matérias inseridas “de última hora” e com pouca discussão, a bem de interesses políticos minoritários. O Texto brasileiro foi infeliz nisso.

Confluindo o plano finalístico com o situacional, quedaram-se todos diante de normas constitucionais das mais diferentes matizes jurídicas.

Num tentame incessante de agrupá-las, definiu-se-las de vários modos e por diversos critérios, de maneira que, para evitar circunlóquios frente ao objetivo desta exegese, perfilhamo-nos à classificação de José Afonso da Silva (1982) quanto à Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais (Normas Constitucionais de Eficácia e Aplicabilidade Plena (ou Imediata), Normas Constitucionais de Eficácia e Aplicabilidade Contida, Normas Constitucionais de Eficácia e Aplicabilidade Limitada); tomando a liberdade, ainda, de acrescentar em sua tricotomia um quarto bloco, qual seja: o das Normas Constitucionais de Eficácia e Aplicabilidade Exaurida (ou Exauriente).

Explicando-as, pelas primeiras, compreendem-se as *incondicionais*, isto é, as que entraram em vigor no mesmo instante em que a Constituição se mostrou ao país, independentemente de qualquer regulamentação no plano inferior. Quanto às segundas, correspondem àquelas que, assim como as anteriores, também tiverem aplicabilidade *ab initio*, mas que, diferentemente de suas antecessoras, são passíveis de regulamentação infraconstitucional capazes de reduzir-lhes o campo de atuação. O terceiro bloco atine às normas constitucionais *condicionais*, isto é, de eficácia imediata e aplicabilidade mediata, estando sujeitas ao plano *infra* para que possam gerar efeitos. Quanto ao quarto bloco aqui acrescentado, inserem-se aquelas normas com “prazo de validade”, bem como as que previam atos que “quando” e “se” realizados, não mais seriam necessárias ao ordenamento a não ser para fins históricos.

Ante a sucinta e despretensiosa explanação, parece claro e patente que as omissões legislativas são de extrema prejudicialidade ao terceiro bloco, qual seja, aquele que atine às Normas Constitucionais de Eficácia e Aplicabilidade

Limitada, vez que, enquanto a norma regulamentadora não vem, também não podem “seguir seu caminho” autonomamente.

Demonstrado o mal (omissão legislativa), a vítima (normas constitucionais de eficácia e aplicabilidade limitada), e o remédio (mandado de injunção), passemos, pois, à análise do fidalgo instituto.

3 MANDADO DE INJUNÇÃO E AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Apesar de partirem da “omissão legislativa” como pressuposto existencial, o Mandado de Injunção e a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão são instrumentos distintos e necessários a situações também distintas, conforme se verá a seguir:

3.1 Sobre o Mandado de Injunção

O Mandado de Injunção é remédio previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal, o qual dispõe: “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”.

Logo de partida, duas questões afloram: a que bloco de Eficácia e Aplicabilidade pertence o aludido dispositivo, e qual o real alcance do Mandado de Injunção?

Com relação à primeira indagação, isto se deu devido à ausência de procedimento específico para o aludido *writ*. Assim, previu-se a norma constitucional, trata-se de exemplo clássico do Direito Constitucional Processual, mas não previu-se seu rito procedimental. Logo, trata-se de Norma Constitucional de Eficácia e Aplicabilidade Limitada, disseram uns¹. Ou então, por estar elencado no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, com aplicação imediata segundo o §1º do art. 5º da Constituição Federal, e por assemelhar-se “em essência” ao Mandado de Segurança, trata-se de Norma Constitucional de Eficácia e Aplicabilidade Imediata, mas com rito procedimental análogo ao seu “primo-irmão”².

Postos e respeitados tais posicionamentos, convém o encaixe do dispositivo constitucional em análise ao quarto grupo de Normas Constitucionais inseridos à tripartite classificação de José Afonso da Silva, isto é, deve-se entender tratar o art. 5º, LXXI, da Constituição de Norma de Eficácia e Aplicabilidade Exauriente.

Para explicar a premissa, convém principiá-lo com as palavras de MAZZEI (2008, p. 217):

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

¹ Não bastasse tal posicionamento, há quem entenda se tratar de Normas Constitucionais de Eficácia e Aplicabilidade Contida, como é o caso de STRENGER (1988, p. 33): “A hipótese do *mandado de injunção* classifica-se, ao que tudo indica, entre as normas de eficácia contida, pois não pode prescindir de providência normativa ulterior para a sua exata aplicação, dado que insitivamente existem dificuldades de execução”.

² Como argumentos em prol de tal posicionamento, podem ser utilizados os de MACHADO (1999, p. 60): “Ninguém pode negar que o mandado de injunção, ao lado de outros instrumentos processuais constitucionalmente assegurados (*Habeas Corpus*, Mandado de Segurança, Ação Popular, *Habeas Data*), foi criado pela atual Constituição como *garantia fundamental*, inserido no rol “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (Título II da Constituição Federal). O art. 5º, que agasalha em um de seus incisos o mandado de injunção, consagra em seu §1º o seguinte mandamento: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata””. Também são de grande valia as palavras de PFEIFFER (1999, p. 28): “Seria, aliás, um enorme contra-senso caso prevalecesse a interpretação de que inexistiam condições para a imediata aplicabilidade do mandado de injunção. Com efeito, não há nenhuma razoabilidade em admitir que o instrumento criado para conferir plena efetividade em direitos estabelecidos em normas constitucionais de eficácia dependesse, para sua utilização, da edição de norma regulamentadora. Poder-se-ia chegar ao absurdo de se defender a necessidade de impetrar um mandado de injunção para viabilizar o exercício do direito de ajuizar mandados de injunção”. A fim de apaziguar os ânimos da comunidade jurídica, fez-se constar no parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.038/90 que: “No mandado de injunção e no *habeas data*, serão observadas, *no que couber*, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica”. (grifo nosso).

Com efeito, é plausível a ideia de que a nobreza do *writ* não está na sua proposta hodierna, mas na intenção vindoura, qual seja, o momento em que a Constituição Brasileira estará em plena atividade e ter-se-á exaurido a necessidade de impetração do presente Mandado à bem da proteção do lesado pela norma omitida. Pode-se dizer assim, tomando como referência as condições da ação, que o Mandado de Injunção luta pela cessação do interesse de agir do próprio Mandado de Injunção.

Desta forma, haverá um dia em que todas as normas constitucionais limitadas estarão devidamente “infra-constitucionalizadas” (ao menos sob vigência desta Carta Magna, é claro), e o Mandado de Injunção não mais será necessário.

No pertinente à segunda indagação, qual seja, aquela que se refere ao alcance do *writ* em estudo, isto se deu (e ainda se dá) graças ao tipo de interpretação - gramatical ou teleológica - conferida ao aludido dispositivo. Gramaticalmente o texto é claro: trata-se da *ausência de norma regulamentadora*³ que *inviabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*⁴.

³ Entendemos como “amplo” o conceito de *norma regulamentadora* de que trata o dispositivo constitucional que regula o *writ* em comento, não restringindo-lhe apenas aos atos legislativos previstos no art. 59 da Constituição Federal (excluindo-se, logicamente, o inciso I). Perfilhamo-nos, pois, a CRETELLA JÚNIOR (1996, p. 99): “Norma aqui tem um só sentido: regra jurídica ordinária. Nunca de *regulamento*. “Regulamento” é “norma regulamentadora de lei ordinária”. É ato administrativo da competência do Chefe do Poder Executivo. Não existe regulamentação da Constituição. O que existe são leis que complementam a regra jurídica constitucional, leis que a própria Constituição determinou que fossem editadas. [...] “Norma regulamentadora”, no texto de 1988, é “lei ordinária”, regra jurídica ordinária, que complementa ou “dá o regramento”, mas não “regulamenta” a regra jurídica constitucional”. Ademais, a norma regulamentadora deve estar *ausente*, e não *parcialmente presente* ou *mal-aplicada* para que se consubstancie o presente requisito ao cabimento do mandado de injunção, conforme entendimento jurisprudencial: “EMENTA: Mandado de injunção: *ausência de regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da Constituição da República*. Mora legislativa: critério objetivo de sua verificação: procedência, para declarar a mora e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que a supra. MI 695, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2007, DJ 20-04-2007 PP-00087 EMENT VOL-02272-01 PP-00001 LEXSTF v. 29, n. 341, 2007, p. 90-94 RDECTRAB v. 14, n. 155, 2007, p. 118-133”. (grifo nosso); “EMENTA: Embargos de declaração em mandado de injunção. 2. Recurso conhecido como agravo regimental. 3. *Não cabe mandado de injunção quando já existe norma que regulamente o dispositivo constitucional em questão*. 4. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento”. (grifo nosso). Neste sentido também se posicionou MORAES (2001, p. 178): “Não caberá, portanto, mandado de injunção para, sob a alegação de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional, pretender-se a alteração de lei ou ato normativo já existente, supostamente incompatível com a constituição ou para exigir-se uma certa interpretação à aplicação de legislação infraconstitucional, ou ainda para pleitear uma aplicação “mais justa” da lei existente”.

⁴ As expressões “exercício dos direitos e liberdades constitucionais” e “prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, utilizadas pelo legislador constituinte, geraram controvérsia acerca das *matérias* que poderiam ensejar a impetração do Mandado de Injunção. FERREIRA FILHO

Teleologicamente o texto é mais amplo, todavia: a pertinência dos elementos textuais do inciso LXXI é meramente ilustrativa (vide posicionamentos tomados nas notas explicativas n^{os} 3 e 4). Em epítome, optou-se pela adoção da interpretação finalística como norteadora da leitura do dispositivo constitucional que regula o *writ* estudado. Isto porque, é inconcebível que se restrinja o Mandado de Injunção “a um punhado de espécimes legislativas e a outro de Direitos”, vez que minimizar sua interpretação e alcance é o mesmo que negar o fidalgo objetivo deste Instituto. Pragmatizando, protege-se a natureza teleológica da interpretação dispositiva, pela natureza teleológica do instituto.

Merece ainda destaque o razoável percurso temporal a ser percorrido para haver materialização do direito de impetrar o Mandado de Injunção. Como já sublinhado, em havendo omissão legislativa onde o médio e o longo prazo não a permitem, vale buscar a Injunção. Isto porque, dada a grande quantidade de normas constitucionais de Eficácia e Aplicabilidade Limitada, nos primeiros anos de Constituição foi perfeitamente possível alegar o curto espaço de tempo para legislar sobre tudo. Hoje isso não mais convence. O liame entre uma omissão imperfeita e sua faceta inconstitucional há muito é claramente perceptível. Mas seria possível estipular um prazo para habilitação da possibilidade de impetração do presente *writ*?

Apesar de o “bom senso doutrinário” adotar o que usualmente chamaremos “máximas de razoabilidade”⁵, deve ser assumido, entretanto, outro

(1996, p. 276-277) restringe o *writ* em lume ao estritamente previsto no Texto Maior: “Não alcança outros direitos, por exemplo, os inscritos entre os direitos sociais. Realmente, a parte final – “inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” – restringe o alcance desse mandado. Ele serve para garantir direitos, liberdades e prerrogativas diretamente vinculados ao status de nacional (os do art. 5º, cujo caput reconhece aos brasileiros determinados direitos fundamentais, ou que possam ser deduzidos do Cap. III do Tít. II, capítulo este relativo à nacionalidade), ao de cidadão, quer dizer, o nacional politicamente ativo que, como integrante do povo, o soberano na democracia, tem a participação no governo, como o direito de voto e a elegibilidade (são direitos e liberdades e prerrogativas que podem ser deduzidos do Cap. IV do Tít II – capítulo sobre os “Direitos Políticos””. Já MACHADO (1999, p. 72) entende que o rol do inciso LXXI é meramente ilustrativo: “Assim, sem embargo da respeitabilidade dos doutrinadores que restringem o campo de atuação do mandado de injunção, parece-nos não ter sido este o desiderato do legislador constituinte. Para qualquer direito constitucional, em sua mais ampla acepção, desde que inviabilizado por falta de norma regulamentadora, seu potencial titular poderá valer-se do remédio heroico”. Isto posto, em que pese o respeito à posição do primeiro doutrinador, adotamos o segundo posicionamento, acrescentando-lhe mais um argumento, qual seja, o fato de que todas as normas constitucionais devem ser interpretadas no sentido que maior eficácia lhes deem. Traduzindo, significa dizer que o inciso LXXI do quinto artigo da Carta Maior do Brasil deve ser analisado sob o prisma da Máxima Efetividade da Constituição Federal.

⁵ Neste sentido, PAULO e ALEXANDRINO (2003, p. 127): “A dúvida surge nas hipóteses (mais comuns) em que não há prazo limite fixado na Constituição. Nessas circunstâncias, entende o

posicionamento. Com efeito, há que se entender que, na forma em que são concebidas, as máximas de razoabilidade não devem prevalecer para o caso das omissões inconstitucionais. Isto porque, há uma tendência bipartite de relacionar a omissão legislativa tão somente com a matéria constitucional limitada a ser regulamentada, sendo que esta relação deveria ser tripartite, isto é, além destas duas, nela deveria ser inserido também o critério do lapso temporal já decorrido desde a promulgação da Constituição. Aí então as máximas da razoabilidade poderiam ser aplicadas, ou seja, far-se-ia a indagação: sobre determinada matéria, quanto tempo seria necessário para que ela fosse enfim regulamentada?

Entretanto, posta esta primeira indagação e ante a inquietude em deixar o poder de declarar a omissão ao alvedrio do órgão julgador, procurou-se optar por um prazo comum em que, do dia para a noite, todas as omissões imperfeitas⁶ passaram a ser omissões constitucionais. Assim, na opinião autoral, o prazo conferido à regulamentação de tais normas limitadas foi de cinco anos, contados da data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, até o decurso de um lustro, quando se previu uma Revisão Constitucional conforme o art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Após estes cinco anos, instalou-se a Revisão Constitucional em 6 de outubro, que perdurou até 7 de junho do ano seguinte, tendo findado sem modificações consideráveis.

Isto significa dizer que o dia 5 de outubro de 1993 foi o prazo limite para que o legislador tivesse regulamentado todas as Normas Constitucionais de Eficácia e Aplicabilidade Limitada⁷. Desde então, tudo o que tem feito quanto ao que não regulou foi postergar no tempo uma atividade intelectual, criadora e regulamentadora, que há mais de 15 anos encontra-se oficialmente em mora.

Tomou-se como referência o prazo do art. 3º do ADCT não só por considerar cinco anos tempo mais que “razoável” para regulamentar normas constitucionais, como pelas próprias funções a que se propôs a Revisão Constitucional quando foi prevista, qual seja, a de reajuste de conceitos e ideias; a

Supremo Tribunal Federal que a caracterização da mora legislativa há que ser aferida, diante do caso concreto, em consonância com o princípio da razoabilidade”.

⁶ Adotamos este prazo comum apenas para as Normas Constitucionais de Eficácia e Aplicabilidade Limitada nas quais não foi previsto prazo específico para sua regulamentação. Exclui-se deste prazo e desta condição, a título ilustrativo, o §3º do art. 8º da ADCT.

⁷ Poder-se-ia aceitar, ainda, a data limite de 7 de junho de 1994, quando findou a Revisão Constitucional, mas como esta não trouxe maiores modificações à Magna Carta pátria, optou-se pela data de 5 de outubro de 1993, quando a Constituição Federal completou cinco anos.

de “balanço” do que havia dado certo e do que ainda precisava ser feito; o quão a Carta promulgada cinco anos antes havia se encaixado nos moldes do país a que servia, o que seria necessário acrescentar à Carta, dentre outras.

Tamanha é a validade deste prazo, inclusive, que o legislador não previu uma nova Revisão Constitucional em qualquer outro dispositivo para eventual certificação da “quitação” da mora do legislativo em produzir as leis necessárias. É em razão disso que, em que pesem as máximas de razoabilidade adotadas pelo Guardião da Carta pátria, tal posicionamento deve ser revisto.

Obtempere-se, nesta frequência, que às normas constitucionais que tenham sido acrescentadas por Emenda Constitucional após 1993, e que eventualmente necessitaram ou necessitam de regulamentação, o prazo de cinco anos para tais deve ser aplicado analogicamente, por isonomia normativa.

Mas, se o Mandado de Injunção busca suprir uma omissão legislativa, então para que serve a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão?

A resposta será encontrada no tópico seguinte.

3.2 Sobre a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão

O leitor mais sagaz certamente deve ter notado a “omissão” do tópico anterior em tratar de três questões de extrema importância pertinentes ao Mandado de Injunção, quais sejam, a origem, o órgão competente para sua propositura e o(s) agente(s) legitimado(s) para tal.

Isto se deu, pois tais elementos serão aqui utilizados com fito de notabilizar o *writ* em epígrafe da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão.

Preliminarmente, há que se ressaltar que o Mandado de Injunção, previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal, é remédio habilitado a socorrer o particular numa situação concreta, isto é, busca-se um pronunciamento apto a

atender uma especificidade. Já a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, disposta no §2º do art. 103, do Texto Constitucional, é instrumento adequado a atender o particular numa situação abstrata, sendo dotado, por conseguinte, de conteúdo e finalidade mais abrangente que seu antecessor em razão de seu raio de alcance. Em outras palavras, seria dizer que o Mandado de Injunção se baseia em um comando da emergência, e a ADI por omissão se baseia em um dispositivo de urgência. Essa é a primeira e talvez a maior característica diferenciadora dos dois institutos.

Ademais, quanto à origem, é divergente o entendimento doutrinário acerca do surgimento do *writ* analisado. Consegue-se saber com certeza onde ele não foi criado, mas não o contrário. Parcela da Doutrina acena por um berço no Direito anglo-americano. Acenamos pela sua origem pátria, todavia.⁸

⁸ Na dialética acerca do surgimento do Mandado de Injunção, ACKEL FILHO (1991, p. 113) afirma que: “A injunção assenta suas raízes no direito americano, com origem embrionária mais remota na célebre *Bill of Rights*. Dela cuida a *Federal Rule 65* e o Regimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, nos itens 1 a 3 do art. 31. É meio impeditivo da execução de ato ou de lei, caracterizando-se por seu efeito mandamental proibitório. Pode ser oposta contra ato de autoridade ou de particular, não se detendo sequer ante a coisa julgada, que pode atacar para obstar seus efeitos, quando as decisões padecerem de vícios essenciais. Fundamento do *writ of injunction* no direito americano é a chamada jurisdição de equidade”. Já RAMOS (1998, p. 40-41) enxerga o surgimento deste Instituto no direito anglo-saxão, senão vejamos: “[...] ele surge na Inglaterra entre os séculos XIII e XIV. Fixam-se na *Common law*, e no século XV passa a ser *lex scripta*. Perde sua maleabilidade, não pode mais adaptar-se diante de circunstâncias novas a exigir aplicação de princípios jurídicos diversos. Foi substituído por um processo paralelo que se limitou às matérias de graça cujo objeto era a violação individual do direito, o “*processo da Corte de Chancelaria*”, a partir do princípio do século XV. No século XVI, os chanceleres, homens da Igreja, foram substituído pelos chanceleres, homens do Estado, que formam uma classe de especialistas do direito e graça; o processo foi, por este motivo, suplantado pela consciência, como fundamento da jurisdição de equidade. Com nova evolução esse processo foi adotado pela jurisprudência federal norte-americana, no caso *Osborne vs. Bank of the United States*, no qual a Corte Suprema sancionou uma injunção da Corte Federal, vedando a um funcionário do Estado que executasse uma lei fiscal inconstitucional. Com o advento da “ação declaratória”, incrementada sua aplicação a partir de 1918, houve uma superação da injunção, da mesma forma como esta superara os meios históricos da *Common law*. Hoje permanece como um processo de equidade, que consiste em solicitar ao tribunal a expedição de uma ordem (*injunction*), que proíba aos funcionários ou representantes do Executivo, encarregados de velar pela aplicação das leis, que as executem ou ameacem executá-las”. Por sua vez, OLIVEIRA (1993, p. 19) pontifica: “Pelo que vimos, o Mandado de Injunção nos moldes em que fora concebido pelo constituinte brasileiro, além do nome, pouca ou nenhuma semelhança guarda com a *injunction* concebida pelos Direitos inglês, norte-americano, francês, italiano e alemão. O instituto, naqueles países, guarda maior semelhança com o mandado de segurança, *habeas corpus*, medidas cautelares e até mesmo com o *habeas data*, dada a variedade das *injunctions*”. Parece mais adequado este último entendimento, tendo em vista que o Mandado de Injunção, na forma em que foi pensado e concebido pelo Direito pátrio, consiste na busca, perante o Judiciário, do suprimento de uma omissão legislativa, também conhecida como ausência total de norma regulamentadora, e não em buscar que a justiça complemente uma norma *incompleta* ou *insuficiente* (como no primeiro caso), nem em impedir que representantes do Executivo *executem* ou *ameacem executar* uma lei inconstitucional (como no segundo caso). Verifica-se que há diversidade de objetos entre a *injunction* anglo-americana e seu homônimo pátrio.

Por sua vez, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão teve como fonte inspiradora as Constituições da extinta República da Iugoslávia e da República Portuguesa, conforme assevera MAZZEI (2008, p. 236):

Ao contrário do mandado de injunção, as origens da ação de inconstitucionalidade por omissão são mais claras, sendo corrente que a mesma teve raízes na Constituição de 1974 da República Federativa Socialista da Iugoslávia, pela qual o Tribunal Constitucional era dotado de competência para julgar o pedido de declaração de inconstitucionalidade. Além da referida herança, não se nega a influência lusa, já que tem o nosso instituto os mesmos contornos traçados na Constituição da República Portuguesa de 1976.

Outro elemento diferenciador alude à competência para propositura e ao órgão jurisdicional responsável por processá-los. O Mandado de Injunção pode ser impetrado por aquele que se sinta violado pela ausência infraconstitucional, seja ele pessoa física ou jurídica. Frisa-se, neste diapasão, a possibilidade até mesmo do Mandado de Injunção Coletivo, assim como se faz com o *Mandamus* Coletivo, pela finalidade a que se propõe o *writ* em estudo, que suplanta seu *status* de tutela individual, bastando, logicamente, que esta coletividade comungue da homogeneidade de direitos individuais. Já a ADIN por omissão, enquanto amplíssima no objeto, apresenta restrito rol de legitimados ativos, previstos no art. 103 da Constituição Federal.⁹

No tocante ao órgão competente para julgamento, o Mandado de Injunção apresenta competência “móvel”, de acordo com a condição e vinculação do impetrado. Assim, tal incumbência caberá ao Supremo Tribunal Federal, quando a elaboração de norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “q”, CF); ao Superior Tribunal de Justiça, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou

⁹ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador do Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

indireta, excetuados os casos da competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (art. 105, I, “h”, CF); ao Superior Tribunal Eleitoral, quando as decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção (art. 121, §4º, V, CF); e aos Tribunais de Justiça Estaduais¹⁰, frente aos entes a ele vinculados (no caso do Estado de São Paulo, a previsão está consagrada no art. 74, V, da Constituição Paulista).

Por sua vez, no tocante à competência para processar e julgar a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, a questão é mais simples. A competência é absolutamente concentrada no Supremo Tribunal Federal, conforme o art. 102, I, “a” da Carta Magna.¹¹

Enfrentadas tais questões, há que se delimitar o raio de alcance bem como a proficuidade do Mandado de Injunção contra as omissões legislativas inconstitucionais. Em outras palavras, seria lidar com a seguinte indagação: ante a mora na edição da norma regulamentadora, de que valerá o Mandado de Injunção contra tal? É justamente este o assunto do próximo tópico.

4 MANDADO DE INJUNÇÃO E OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS

Postos todos os esclarecimentos preliminares, bem como efetuado o “esboço” da problemática latente nos capítulos anteriores ao que agora se apresenta, pode-se a partir deste dedicar-se ao ponto nevrálgico deste ensaio, desvencilhando-se do temor da omissão ou da discussão vaga sobre tema.

¹⁰ PFEIFFER (1999, p. 137) refere-se à competência da Justiça Comum Estadual como “residual”, ou seja, “[...] a ela cabe apreciar os processos relacionados a matérias, pessoas, órgãos ou poderes cujo julgamento não tenha sido atribuído a nenhum outro órgão jurisdicional”.

¹¹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

Isto posto, cumpre principiari o raciocínio com as seguintes indagações intrinsecamente relacionadas: qual a natureza jurídica da injunção concedida e qual o papel judiciário frente à omissão legislativa flagrante?

Dentre variados entendimentos, quatro de maior vigor requerem profunda minúcia e serão, por conseguinte, aqui analisados.

Preliminarmente, insta frisar a pacificação doutrinária acerca de ser a injunção concedida por decisão de natureza cognitiva. Dentro desta, clarividente a adoção da subdivisão “pentapartite” de Pontes de Miranda, que dará ensejo à divergência sobre ser essa cognição declarativa, executiva, constitutiva etc.

A primeira corrente, limitada, entende que deve o Judiciário apenas cientificar o omisso em prol da edição normativa necessária, dando à injunção concedida natureza *declaratória* apenas. A segunda, subdividindo-se, confere caráter *condenatório*¹² ou *mandamental*¹³ a tal ciência, nos moldes de uma “Obrigação de Fazer” referida no art. 461 ou de uma “Execução Contra a Fazenda Pública” referida nos arts. 730 e seguintes, todos do Código de Processo Civil, ensejando a necessidade de execução de sentença, própria no caso condenatório, ou imprópria no caso mandamental. A terceira, abrangente, acena pelo caráter *constitutivo* da injunção concedida via pronunciamento judicial, tomando de um caso específico a inspiração necessária para a edição de uma norma geral e abstrata. Seria o exercício atípico de “atividade legislativa” do Judiciário.

¹² Em admitindo a natureza *condenatória* da injunção concedida, PFEIFFER (1999, p. 248) entende que: “[...] caso mantenha-se o obrigado recalcitrante em cumprir o comando imposto, ou haja divergências quanto à efetiva e integral observância da decisão, *será necessária a execução da sentença*. Ademais, tratando-se de condenação em pagamento de dinheiro contra pessoa jurídica de direito público, *necessariamente deverá haver processo executório que culmine com a expedição de precatório judicial, em obediência ao que dispõe o art. 100 e seus parágrafos da Constituição Federal*”. (grifo nosso).

¹³ Por sua vez, em admitindo a natureza *mandamental* da injunção concedida por sentença, mais uma vez opina PFEIFFER (1999, p. 243-244): “Natureza mandamental, a nosso ver, haverá quando a regulamentação não estiver a cargo do Poder Legislativo, mas de órgão administrativo, hipótese em que poderá ser exigido que este proceda à regulamentação em 30 dias, em decorrência do que dispõe o art. 103, §2º, da CF. Da mesma forma, por ser exigível o cumprimento da determinação judicial, mandamental será a sentença que determine a suspensão de processos judiciais e/ou administrativos instaurados contra o impetrante, nas hipóteses em que o mandado de injunção tiver como fundamento direito constitucional oponível contra o Estado. [...] *Desta forma, entendemos que, nas hipóteses em que a decisão do mandado de injunção tiver conteúdo mandamental, não haverá ensejo à execução no sentido tecnicamente próprio. Bastará que haja a comunicação, por mandado, da ordem contida na decisão (determinando ao órgão administrativo que tome as providências cabíveis para sanar sua omissão inconstitucional em 30 dias ou proceda à suspensão de processos administrativos e judiciais abertos contra o impetrante), determinando-se que cumpra em sua forma específica, tal como emanada*”. (grifo nosso).

Desta terceira corrente, desmembra-se parcela doutrinária, formando uma quarta corrente que entende sim ser *constitutiva* a natureza da injunção concedida, mas que a criação normativa se limita apenas aos litigantes. Assim, admite-se atividade legislativa do Judiciário, mas com alcance restrito às partes.

Explanados os aludidos posicionamentos, conferindo análise particular a cada um destes, há que se ressaltar a inconsistência da primeira corrente, haja vista a demonstração de ser a mera “ciência de mora”, consagrada no Mandado de Injunção n° 107/1990 - STF, improfícua para atender aos anseios daquele que necessita da regulamentação infraconstitucional. Pensar assim torna a finalidade do Mandado de Injunção similar àquela conferida à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, já vista no capítulo anterior, e desnecessário, portanto, falar de dois instrumentos previstos constitucionalmente para a mesma finalidade. Ademais, num outro argumento, tal corrente se mostra incompatível com o objetivo do Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário¹⁴, vez que, uma vez chamado a prestar atividade jurisdicional, o Judiciário o faz e materializa-a por sentença, “cientificando” a mora. E depois disso, o que fazer? Nada. É essa a resposta¹⁵. Não há mais nada a fazer a não ser “esperar” pela norma¹⁶. Por isso o entendimento de ferimento a tal preceito fundamental, ou seja, não basta apreciar a matéria, é preciso que com ela se possibilite o direito, caso que não acontece aqui, mesmo que não seja o Judiciário culpado por isso.

Igualmente não parece opinião mais acertada a natureza mandamental ou condenatória da injunção concedida. Até porque, em caso de não cumprimento à determinação jurisdicional, pensar dessa maneira levaria a que tipo de ato subsequente garantidor?¹⁷ Seria viável pensar numa ação de execução/módulo

¹⁴ “Art. 5.º: [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁵ Em mesmo sentido, são cabíveis as palavras de OLIVEIRA (1993, p. 49): “Se o Congresso Nacional não editar a lei, o que poderá fazer o impetrante? Ingressar com um novo Mandado de Injunção para fazer cumprir o anterior?”.

¹⁶ Sem referir-se especificamente ao mencionado axioma da “Inafastabilidade”, mas aduzindo à sua essência, afirmou SILVA (1993, p. 69): “Neste caso, estar-se-ia anuindo com o fato de que a questão poderia ficar sem solução, o que não é admissível pelo ordenamento normativo vigente”.

¹⁷ Para a decisão de natureza mandamental, PFEIFFER (1999, p. 244-245) entende que seria cabível ao impetrante o instituto da “Reclamação”: “Nessa hipótese, se desrespeitado o comando da sentença, restará ao impetrante valer-se do instituto da reclamação, que com o advento da Constituição de 1988 ganhou status constitucional, estando prevista no art. 102, I, L da CF, que dispõe ser competência originária do Supremo Tribunal Federal apreciar a “reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”. No que tange aos demais Tribunais, possibilitou a Lei de Recursos a instituição da reclamação, ao prevê-la em seus

executório obrigando à criação de leis infraconstitucionais? Qual seria a medida garantidora de tal imposição? Seria possível a utilização de mecanismos que norteiam-se direta ou indiretamente no interesse patrimonial para aplicá-los ao processo de criação legislativa, que nada tem de concreto?

Encontrar qualquer resposta plausível a tais indagações remonta ao formalmente inadmissível. Isto porque, há que se convir que, do contrário, possibilitar-se-iam duas situações “*sui generis*”, uma de cunho eminentemente técnico e outra de cunho político: Na primeira, o Judiciário obriga o Legislativo a criar a lei. O Legislativo não cria. O que fazer então? Nada. É essa a resposta de novo. A ideia pode até ser bem intencionada, mas o ordenamento pátrio não possui um procedimento específico para efetivar isso.

Em outras palavras, manda-se aplicar rito procedimental de natureza ordinária para sanar a questão da não-regulamentação, por exemplo, mas não há este rito, pois não custa lembrar que a obrigação de que trata o art. 461 do Código de Processo Civil, assim como seus “equivalentes executórios” previstos na aludida Lei Adjetiva são de natureza pecuniária, patrimonial, e não há nada de patrimonial em se obrigar a criar leis.

Numa segunda situação, em se admitindo hipoteticamente um rito procedimental, o Judiciário “obrigaria” o Legislativo a criar a lei e isso abriria “brecha” para que o Legislativo, educadamente, “mandasse” o Judiciário julgar seus processos num determinado prazo. Isso sim seria feriria o Princípio da Tripartição de Funções, e não a atitude do Judiciário criar a norma, conforme se verá mais a frente.

Descartadas a primeira e segunda correntes, restam, pois, aquelas que atinam à atividade legislativa do Judiciário, em caráter estrito às partes e ao

arts. 13 a 18. Vem a matéria prevista, ainda, nos arts. 156 a 162 do Regimento do STF e nos arts. 187 a 192 do Regimento do STJ. Assim, poderá o impetrante utilizar-se da reclamação, caso o impetrado seja autoridade administrativa e não cumpra a ordem que lhe foi imposta, sem prejuízo das outras medidas de caráter penal e administrativo que possam ser impostas ao responsável pelo descumprimento da ordem judicial”. Verifica-se que o autor utiliza o termo “outras medidas de caráter penal e administrativo”. Ora, mesmo que fosse possível utilizá-las ao lado da reclamação, ainda assim não estaria satisfeita a necessidade daquele que impetrou Mandado de Injunção. Isto porque, todas as medidas fornecidas pelo nobre doutrinador nada mais fazem do que desvirtuar a precípua busca do *writ*. Em outras palavras, quem pleiteia regulamentação de norma constitucional com eficácia e aplicabilidade limitada não o faz visando a perdas e danos, a danos materiais etc. Com menos razão o faz visando informar aos Tribunais que este ou aquele órgão desrespeita suas imposições; e com muito menos razão ainda quer ver a pessoa jurídica de direito público responsabilizada penalmente, se é que isso é possível.

processo (quarta corrente), ou a um “sem-número” de pessoas, em sentido abstrato (terceira corrente).

Convém, nesta frequência, ressaltar a existência de repúdio de parcela doutrinária à corrente defensora da atividade legislativa “*erga omnes*” do Poder Judiciário, sob argumentação de que isso feriria o arcaico e desatualizado Princípio da Tripartição de Poderes (ou Tripartição de Funções, como entendem alguns).¹⁸

A solução para que a eficácia constitutiva da sentença não adentrasse o campo irrestrito do alcance legislativo foi então reduzi-lo, para que a norma valesse apenas entre as partes em estado de litigância (quarta corrente).

Neste sentido, oportunas as palavras de ACKEL FILHO (1991, p. 126):

Competirá, assim, ao juiz editar decisão que supra a falta da norma regulamentadora, permitindo o acesso do impetrante ao direito subjetivo que verte da Constituição e do qual é titular. Não será ato de legislação em tese porque tarefa de tal jaez escapa à competência judiciária.

Não bastasse a posição doutrinária, é este também o entendimento crescente na Corte Suprema do país, embora não se descarte o entendimento acerca da natureza mandamental do provimento jurisdicional que concede a injunção e também da natureza declaratória. Com efeito, o Poder Judiciário, aqui representado na figura do Supremo Tribunal Federal, tem mudado seu posicionamento frente à mora legislativa. Antes apenas “mero informador” do Poder-irmão sobre tal, passa agora a conceder o direito ao litigante, e apenas ao litigante.

Prova maior desta mudança de atitude (e que, diga-se de passagem, foi o “disparo motivador” para escrever o ensaio em epígrafe), é a “lista” de omissões inconstitucionais do legislativo constante no endereço eletrônico daquele Tribunal de Superposição.¹⁹

¹⁸ Assim lembra MAZZEI (2008, p. 224), naquilo que chama de “Teoria da Independência Jurisdicional”: “A referida corrente recebe fortes críticas, em razão da função legislativa não ser típica do Judiciário, afrontando o princípio da separação dos poderes”. Repudiam-na, nesta frequência, a título exemplificativo, BASTOS e MARTINS (1989, p. 358): “Se é certo que o problema da omissão legislativa é grave, não é menos certo transformar o julgador por profissão no substituto de um legislador ou autoridade administrativa, conforme o caso, também por profissão, mas descumpridores de seus deveres”.

¹⁹

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>. Acesso em 11 de abril de 2009.

Fato a ser considerado, neste prumo, é que a edição da norma faltante para as partes ou a utilização de analogia para suprir lacuna é medida temporária na escalada judiciária em busca de tal suprimento.

É esse também o entendimento de FALCÃO e ARGUELHES:

Uma maioria dos ministros entendeu que, dada a ausência de lei específica regulando o direito de greve de funcionários públicos assegurado na Constituição, passariam a ser aplicáveis as mesmas regras para greve no setor privado. *A minoria vencida queria ir além: em seu voto, o ministro Lewandowski propôs nada menos que 16 diretrizes para a greve e funcionários públicos. É o STF ajustando sua rota. (grifo nosso).*²⁰

Clarividente, desta forma, que a atividade editora de norma faltante pelo STF, ou da utilização de analogia para suprir a omissão legislativa, em caráter “*inter partes*”, ainda não é o destino dessa caminhada. Isto porque, já houve quem entendesse pela edição de regulamentação irrestrita e abstrata, sendo tal voto superado pelo entendimento constitutivo minimalista.

Neste diapasão, em que pesem as opiniões daqueles que rechaçam a hipótese de atividade legislativa “*erga omnes*” pelo Poder Judiciário (terceira corrente), devem ser entendidas válidas a *terceira* (esta com mais razão) e *quarta* correntes, vez que, ante a continuidade da não-criação de regulamentação às Normas Constitucionais de Eficácia e Aplicabilidade Limitada, o Supremo Tribunal Federal certamente um dia o fará, e isso sim será o fim da caminhada.

Outrossim, racionalizando o pensamento, parece contraditória a afirmação de que a atividade legislativa “*erga omnes*” ofende o Princípio da Tripartição de Funções, mas sua correspondente “*inter partes*” não, afinal, atividade legislativa assim o é seja ela entre as partes ou para todos. Parece hipocrisia falar que se o Judiciário cria a norma faltante para as partes isso não ofende o dito Princípio, mas se o Judiciário criar a norma para todos ofende. Afinal, o processo criativo não foi o mesmo? A finalidade não foi a mesma? É tudo uma questão de “alcance”, então?

Se há consenso em tornar ágil a máquina judiciária sem perder em qualidade, parece labor desnecessário o Supremo Tribunal Federal editar a norma

²⁰ FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. Omissões legislativas inconstitucionais *In Folha de São Paulo*. Caderno “Opinião”. Pg. A3. 16 de novembro de 2008.

faltante à parte “A”, que litiga em face de “X”, e isso não se aproveitar a “B” e “C”, que tem os mesmos problemas, o mesmo objetivo e o mesmo “X” como parte adversária. Ora, a falta da edição da norma faltante é prejudicial a todos que dela precisam. Então porque um processo específico para “A”, para depois esperar que “B” faça o mesmo e obtenha o mesmo provimento, para depois esperar que “C” faça o mesmo o obtenha o mesmo provimento, e assim por diante? Há que se convir, então, que repudia-se que a norma seja criada para “A”, “B” e “C”, conjuntamente, mas não proíbe-se que ela seja criada para os mesmos “A”, “B” e “C” separadamente? Mas a atividade legislativa não foi a mesma? E se admitir-se, ilustrativamente, a propositura de Mandado de Injunção Coletivo, não estará a edição da norma faltante atingindo pluralidade naturalmente maior que o âmbito individual, de maneira que a concessão da injunção coletiva em muito se assemelhará à atividade legislativa geral?

Numa outra “frente de batalha”, insta rememorar o terceiro capítulo desta, em que foi defendido que, desde cinco de outubro de 1993, prazo necessário a ser transcorrido para que houvesse a Revisão Constitucional do art. 3º da ADCT, o Poder Legislativo encontra-se oficialmente em mora para com a regulamentação das Normas Constitucionais “Limitadas” ²¹, ante o entendimento de ser este decurso temporal suficiente à regulamentação condicionada em 1988. Por esta razão, entende este Autor não assistir razão ao entendimento de Alexandre de Moraes (2001, p. 185), denominado posição “*concretista individual intermediária*”, pela qual o Judiciário fixa um prazo para que haja regulamentação à Constituição Federal, e só após o transcurso deste sem efetivo cumprimento o Judiciário seria autorizado a criar a norma “*inter partes*”. Primeiro porque, seja a norma judiciária geral ou restrita, estará consubstanciada a atividade legislativa, e isso por si só já feriria o Princípio da Tripartição de Funções (em considerando o argumento utilizado por gama doutrinária para descartar a terceira corrente, qual seja, aquela que atine à atividade legislativa amplíssima). Segundo porque, não é questão de fixação de prazo para que o Legislativo desempenhe atividade criativa, vez que este já há muito se esvaiu.

²¹ Respeitando-se, obviamente, por Isonomia Legislativa, o prazo de cinco anos para as normas constitucionais que tenham surgido por Emenda após 1993, e que eventualmente necessitassem de regulamentação; bem como aqueles dispositivos que já previam prazo próprio para criação, como o já mencionado §3º do art. 8º da Constituição Federal.

É sim caso de edição da norma necessária, em caráter geral e irrestrito, independentemente de qualquer prazo.

Caso assim não se entenda, entende este Autor ainda que a adoção da terceira corrente não ofende o Princípio da Separação de Funções.

Para melhor explicar este ponto de vista, convém principiar o raciocínio com as palavras de SILVA (1993, p. 72-76):

Evidentemente que a unidade do poder pertence ao Estado, no entanto, devido a algumas atribuições peculiares, resolveu-se dividir as funções que o Estado exerce, denominando-as de legislativa, executiva e judiciária. Assim, tecnicamente é imprópria a utilização do termo “princípio da tripartição dos poderes”, pelo simples fato de que o poder do Estado é único. O correto seria “princípio da tripartição das funções” exercidas por entes do Estado. Verifica-se então que a razão fundamental daquele princípio prende-se ao fato de que os órgãos Executivo, Legislativo e Judiciário, devem, pelo menos em tese, exercer suas funções com moderação, observando sempre os seus limites de atuação. Inobstante isto, com a promulgação da nova Constituição Federal surgiu um questionamento que provocou polêmica no meio jurídico. O ponto principal do problema foi o abalo que poderia ser provocado na estrutura tripartite, até então intocável, e que poderia ser atingida justamente porque o legislador constituinte originário criou um dispositivo, expresso através do art. 5.º, LXXI, que basicamente permite que o Poder Judiciário elabore normas jurídicas adequadas a situações concretas não regulamentadas por normas infraconstitucionais. Diante desse fato eclodiu a discussão a respeito da possibilidade de o Poder Judiciário passar a legislar, em detrimento ao disposto no art. 2.º da Lei Maior. [...] Augustin Gordillo, na obra “Princípios Gerais de Direito Público”, no trato da questão, ensina que a divisão dos poderes “foi concebida “como garantia da liberdade”, para que “o poder contenha o poder”, através do mútuo controle e interação dos três grandes órgãos do Estado: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Sem embargo, é muito freqüente que a teoria se distorça, e que a prática não ofereça senão um arremedo da divisão de poderes; por isso é necessário perguntar qual é, realmente, o equilíbrio previsto na Constituição, que ocorre na realidade, e quais são as tendências que devemos seguir ou evitar”. [...] Thomas Cooley, afirma que, “para conseguir-se o legítimo reconhecimento e proteção dos direitos, os poderes do Governo devem ser classificados segundo a sua natureza e que para tal execução cada classe de poder deve ser confiada a um diferente departamento do Governo. Esta disposição dá a cada departamento uma certa independência, que opera como um freio sobre a acção dos outros que poderiam usurpar os direitos e a liberdade do povo, e torna possível o estabelecer e o reforçar as garantias contra quaesquer tentativas de tyrania”. [...] Tendo em vista estes fatores é que Aristóteles resolveu, em bom tempo, propor a divisão do poder político em três grandes categorias, idéia que foi aperfeiçoada com o passar dos tempos por Montesquieau e seus seguidores. Com relação à possibilidade de ingerência do Poder Judiciário em atribuições tidas como legislativas, nota-se que a concepção do que vem a se constituir em princípio da separação de funções deve ser vista de forma reservada, isto é, não existem limites matematicamente fixados para que os poderes exerçam suas funções. Neste sentido, evidencia-se que a separação das funções não é absoluta e, portanto, é concebível que o legislador constituinte originário tenha pretendido delegar

competência ao Poder Judiciário, para elaborar norma jurídica, no caso específico, se for observada a inércia do órgão incumbido inicialmente de fazê-lo. Ciente desta possibilidade Pontes de Miranda, na obra *Comentários à Constituição de 1967*, afirma categoricamente que: “Os poderes são teóricamente, “independentes” e “harmônicos”. Não há, em princípio, predominância de qualquer deles. O exercício de cada um dos três é que pode fazer um deles preponderar, ou porque tal exercício seja demasiado, de modo que um dos poderes passe a superar os outros, ou porque os outros não dêem ao exercício a intensidade que seria normal”. Em outro momento arremata a argumentação supracitada quando ensina que: “Não há, nem nunca houve, perfeita simetria entre os “órgãos” e as “funções”. Bem que princípios *a priori* pretendessem e pretendam que a regra jurídica há de ser feita pelo órgão legislativo, que a execução caiba ao órgão executivo, e a função de julgar ao órgão judiciário, o que se vê, na vida real e no direito positivo, ainda onde se parta da separação dos poderes, é competirem: ao Poder Legislativo atos e, pois, funções, que são executivas, e, às vezes, judiciárias; ao Poder Executivo, a edição de regras jurídicas e a prática de atos que valem julgamento, e ao Poder Judiciário, atos puramente administrativos, tais como nomeações, concessões de licenças, demissões, bem como a colaboração, quotidiana e eficiente, na elaboração de regras jurídicas, ao lado daquelas que são formuladas pelo Poder Legislativo ou daquelas que partem do Poder Executivo, ou, ainda, ao lado da criação costumeira”. Ainda que perfunctoriamente, põe-se em relevo que a questão da independência e harmonia que deve existir entre os três órgãos do poder estatal é relativa, pois deve-se lembrar que a Constituição de 1967, que coordenava o ordenamento normativo pretérito, dispunha em seu art. 6.º o seguinte: “Art. 6.º São poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. No entanto, o legislador constituinte originário, com a preocupação de vedar a ingerência de um órgão em atribuições pertencentes ao outro, assim dispôs, em complemento ao citado art. 6.º: “Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições: quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro”. [...] É de ver que, com o intuito de estabelecer limites à atuação daqueles órgãos, o legislador dispôs expressamente a vedação citada. O mesmo não ocorreu com relação ao novo ordenamento instaurado em 5 de outubro de 1988 onde, no capítulo relativo aos princípios fundamentais, o art. 2.º da Lei Maior prescreve que: “Art. 2.º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Observe que nada mais está previsto em relação à vedação expressa que estabeleceu limites de atuação dos órgãos estatais, restando ao jurista interpretar a norma suprema sistematicamente. *Enfim, se nada está disposto em relação aos limites daqueles órgãos e, se está previsto na mesma Carta que a carência de norma jurídica será suprida por intermédio de uma determinada medida judicial, nada mais evidente do que admitir que cabe ao Poder Judiciário providenciar meios adequados para que o problema seja sanado, mesmo que se tenha que utilizar métodos analógicos tais como a previsão contida §2.º do art. 103 da Lei Maior [...]* (grifo nosso).

Apesar de desnecessárias mais palavras para explicar a situação de não-ofensa da atividade legal judiciária irrestrita ao Princípio da Tripartição de Funções, graças à riqueza do posicionamento *supra*, cabe complementar que é de se observar, portanto, que por tempos a Doutrina, de maneira insuficiente, vem interpretando mencionado axioma como mecanismo de equilíbrio e,

consequentemente, igualdade às três Funções. Todavia, tal interpretação é imperfeita.

Quando concebida nos moldes atuais, a separação imaginou um sistema hipoteticamente perfeito, em que cada Função atuaria de maneira regular. Desta forma, ela teria sim função limitadora de impedir que uma Função se sobrepujasse à outra, sem impedir, todavia, o exercício de funções atípicas de cada uma, desde que constitucionalmente autorizadas.

Não se concebeu, contudo, como se procederia em caso de funcionamento desajustado de uma Função. Assim, partindo da premissa mencionada alhures de que o Poder é uno, mas as Funções são plurais, o funcionamento dissonante de uma destas interfere no funcionamento de todas as demais. No fim da cadeia, não haveria uma Função imperfeita, mas sim um Poder imperfeito.

É assim que funciona quando se necessita do Mandado de Injunção e não se admite que a injunção concedida tenha natureza constitutiva: a cadeia viciosa começa quando o legislador não cria a lei que a norma constitucional aguarda. Depois, o Judiciário, em situação paradoxal, fica impossibilitado de julgar, ao passo que não pode se afastar da lide, dado o axioma da Inafastabilidade. Por fim, o Executivo não pode ser compelido ao cumprimento do comando dessa decisão, porque ela fica condicionada ao processo de criação legislativa, se houver esse processo.

É aqui que entra o complemento da interpretação do Princípio da Tripartição de Funções: se uma Função não anda bem, a outra vem para auxiliá-la. Isso sim é boa relação entre as Funções Executiva, Legislativa e Judiciária. A título ilustrativo: visando à celeridade processual, o legislador editou a Lei n° 11.232/05, instituindo o cumprimento de sentença para títulos executivos judiciais. Outrossim, a “Lei de Recursos Repetitivos” (Lei n° 11.672/08) também foi editada com fito de agilizar a prestação jurisdicional. Em epítome, tratam-se de típicos exemplos do Legislativo auxiliando o Poder Judiciário. Então porque não o oposto, isto é, porque o Judiciário não pode auxiliar o Legislativo?

É isso que se espera das funções estatais. Ora, se em tendo o problema em mãos, clamando por solução que há anos não vem, porque o

Judiciário não poderia, “por conta”, editar a norma faltante, se foi visto que faz parte da tripartição de Funções a intervenção de uma em outra quando esta não vai bem? Que esta norma passe pelo crivo do Congresso, posteriormente, para retificá-la e/ou ratificá-la, se o problema for a ausência de atuação legislativa.

Isto posto, apesar de ser a quarta corrente aquela em voga, a defesa deste último entendimento (terceira corrente) nada mais é que a antecipação ao pensamento que um dia certamente prevalecerá no Supremo Tribunal Federal, haja vista já haver, inclusive, voto vencido nesse sentido. Não se trata, portanto, de permitir a atividade legislativa abstrata do Poder Judiciário a qualquer caso, até porque não há instrumentalidade para isso, mas somente para aqueles em que há Norma Constitucional de Eficácia e Aplicabilidade Limitada carecendo de regulamentação, em face da necessidade de completude e de plena eficácia da Constituição Federal.

5 LINHAS DERRADEIRAS

Por todo o explanado, conclui-se se tratar o Mandado de Injunção de remédio inédito no país, totalmente diferente dos institutos previstos com nome semelhante no Direito estrangeiro, apropriado a buscar a regulamentação até então inexistente (e não incompleta ou mal-interpretada) de Norma Constitucional de Eficácia e Aplicabilidade Limitada.

O art. 5º, LXXI da CF, dispositivo constitucional que o acolhe, deve ser interpretado teleologicamente (e não restritivamente, como opinam alguns autores), e a Norma Constitucional que o prevê é de Eficácia e Aplicabilidade Exauriente, vez que busca o *writ* por ele acolhido fazer cessar o interesse de agir para sua propositura. Em outras palavras, haverá um dia, à luz da Constituição Federal vigente, em que todos os seus dispositivos estarão regulamentados, e não haverá mais porque sua aplicabilidade no ordenamento pátrio.

Ademais, conforme opinado, foi defendido que há uma data limite em que a regulamentação infraconstitucional de todas as Normas de Aplicabilidade Limitada deveria ter ocorrido, qual seja, o dia 5 de outubro de 1993, em razão do prazo de cinco anos previsto no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para que houvesse uma Revisão Constitucional. Levou-se em consideração tal prazo, vez que cinco anos parece um lapso temporal mais que suficiente para a regulamentação infraconstitucional, e também porque o legislador não previu em nenhum outro dispositivo nova Revisão Constitucional, para saber se o legislador quitou sua dívida, consubstanciada em atividade legislativa de regulamentação às Normas Constitucionais “Limitadas”.

Por fim, chegando ao tópico principal desta exegese conclui-se que, apesar do comum entendimento acerca da natureza cognitiva do pronunciamento que concede a injunção, diverge a Doutrina sobre ser essa cognição declaratória, condenatória, mandamental etc.

Assim, explanados e respeitados os entendimentos acerca das espécies de cognição, deve prevalecer aquele que acena por sua modalidade constitutiva, seja ela em caráter “*inter partes*” ou “*erga omnes*”. Neste diapasão, em que pese ser aquele o entendimento prevalente (inclusive com o entendimento do Supremo Tribunal Federal mudando para esta direção, atualmente), e haver repúdio de parcela doutrinária a este último, há que se entender a não-existência de ofensa deste ao Princípio da Tripartição de Funções, em razão de interpretação amplíssima dada àquele axioma, no sentido de que não seja encarado apenas como “limitador” de uma Função à outra, mas como “auxiliador” de uma Função a outra quando uma não opera corretamente.

Isso é necessário para que uma Função problemática não prejudique o “andamento” das outras Funções e isso torne o Poder, que é uno, imperfeito, por consequência.

Ademais, em defesa de tal entendimento, é preciso compreender que a atividade legislativa assim o é, seja ela em caráter restrito, seja em caráter geral. Assim, por questão de lógica e da necessidade de resolução de problemas que há tempos afloram e afrontam, mostra-se como medida mais acertada que, em havendo Norma Constitucional de Eficácia e Aplicabilidade Limitada, possa o

Judiciário regulamentá-la a “A”, “B” e “C” conjuntamente, ao invés de ter de regulamentá-la separadamente. É tudo questão de praticidade, sem perder a qualidade, todavia.

Portanto, sabe-se que as Funções devem “despir-se” das vaidades que “as entorpecem”, e que estão camufladas em axiomas engessados que há muito merecem ser revistos, tudo em prol do mútuo auxílio, afinal, se o Legislativo auxilia o Judiciário editando normas que ajam para o bem da praticidade processual, porque o Judiciário não pode auxiliar o Legislativo também?

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais: “habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **O controle da coisa julgada inconstitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Os “writs” na Constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, ação popular, habeas corpus**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição**. São Paulo: Atlas, 1999.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de injunção *In Ações constitucionais*. 3ª ed. Organização de Fredie Didier Jr. Salvador: JusPODIUM, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações, Tomo I: ação, classificação e eficácia**. Campinas/SP: Bookseller, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Remédios constitucionais**. Barueri/SP: Manole, 2004.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de injunção: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas**. São Paulo: RT, 1993.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Remédios constitucionais**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

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

RAMOS, Dircêo Torrecillas. **Remédios constitucionais: hábeas corpus, mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, ação popular/ação civil pública, mandado de injunção, hábeas data – petição e certidão, inconstitucionalidade por omissão**. 2ª ed. São Paulo: WVC Editora, 1998.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: (a perda de competência como sansão à inconstitucionalidade por omissão)**. São Paulo: RT, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: RT, 1982.

SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. **Lineamentos do mandado de injunção**. São Paulo: RT, 1993.

STRENGER, Irineu. **Mandado de injunção**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

VADE MECUM. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.