

A Efetividade do Mandado de Injunção: Retrospecto e Perspectivas¹

FÁBIO LIMA QUINTAS

Mestre em Direito e Estado pela Faculdade de Direito da UnB, Coordenador do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Processo Civil do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP, Professor de Pós-Graduação em Processo Civil, Advogado.

DOI: 10.11117/22361766.20.01.01

RESUMO: No julgamento dos MI 670, 708 e 712, que tratavam da regulamentação do direito de greve do servidor público civil, delineou-se, no Supremo Tribunal Federal, nova fase para o mandado de injunção. Sem romper com sua jurisprudência, o STF avançou nas possibilidades do instituto, cuja trajetória foi iniciada no julgamento do MI-QO 107. A regulamentação normativa pelo STF, em mandado de injunção, não representa afronta ao princípio da separação de Poderes. Ao revés, esse princípio, em sua dimensão positiva, salvaguarda a atuação do Judiciário voltada ao exercício da função que lhe foi constitucionalmente atribuída de garantir a efetividade da prestação jurisdicional. O desafio, nesse momento, é estabelecer as condições que devem ser satisfeitas para a implementação de cada uma das espécies de tutela em mandado de injunção. Oferecem-se, para esse fim, algumas diretrizes.

ABSTRACT: In the trial of MI numbers 670, 708 and 712, which dealt with the regulation of the civil servants' right to go on strike, a new phase for the Writ of Injunction was delineated at the Federal Supreme Court (STF). Without breaking with its jurisprudence, the STF advanced in the possibilities of the institute, whose trajectory was initiated in the trial of MI-QO number 107. The normative regulation by the STF, in Writs of Injunction, does not represent an affront to the principle of separation of powers. On the contrary, this principle, in its positive dimension, safeguards the actions of the Judiciary aimed at exercising the function that was constitutionally attributed to it of guaranteeing the effectiveness of jurisdictional rendering. The challenge, at this moment, is to establish the conditions that must be met for the implementation of each one of the tutelage species in Writs of Injunction. We offer, for that purpose, a few directives.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O problema da eficácia da norma constitucional; 2 O dilema da auto-aplicabilidade do mandado de injunção e a natureza de seu provimento jurisdicional; 3 O princípio

¹ Este artigo é fruto de reflexão iniciada em aula que proferi, no Curso de Pós-Graduação em Processo Civil, no IDP (Brasília), que versava sobre mandado de injunção. Registro, ainda, meus agradecimentos a Luiz Carlos Sturzenegger, Luis Carlos Cazetta e Luciano Corrêa Gomes, que colaboraram na revisão deste artigo.

da separação de poderes como premissa fundamental na discussão sobre mandado de injunção;
4 A natureza mandamental do provimento judicial em MI; Conclusões: perspectivas para o mandado de injunção e as condições para seu desenvolvimento.

INTRODUÇÃO

No momento em que se delineou, no Supremo Tribunal Federal (ante o julgamento dos MI 670, 708 e 712, nos quais se discute a regulamentação do direito de greve do servidor público civil²), nova era para o mandado de injunção, surge para o intérprete o desafio de procurar dotar o instituto de certa coerência e esboçar os limites de sua aplicação. No rico debate que se trava, pretende-se trazer alguns elementos para essa reflexão.

Se, de um lado, o ordenamento jurídico pressupõe a idéia de sistema, de outro, o fenômeno jurídico deve ser apreendido tal como se realiza no espaço social. Conforme adverte Larenz:

“A toda norma jurídica pertence, como pano de fundo indispensável para sua compreensão, a realidade social em resposta à qual foi concebida, a realidade jurídica aquando do seu surgimento, e a realidade social actual à qual deve operar.”³

Para lidar com esse dilema e dar coerência ao mandado de injunção, considerado em sua dinâmica, a partir da paulatina evolução jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal, dois eixos de investigação serão desenvolvidos: i) o conteúdo do princípio da separação de Poderes, pressuposto de qualquer discussão que seja travada sobre os efeitos da tutela em mandado de injunção; e ii) a natureza mandamental do *writ* e as conseqüências daí advindas.

Situando o mandado de injunção nesses dois eixos, cuida-se de buscar certa racionalidade na jurisprudência da Suprema Corte e traçar algumas perspectivas para o instituto, fundadas em bases mais seguras do que as decorrentes da apreciação isolada de casos concretos e aptas a garantir a atuação legítima e responsável do Poder Judiciário.

2 O Supremo Tribunal Federal, apesar de reconhecer a mora legislativa, no que tange à regulamentação do direito de greve do servidor público civil, entendia que essa situação permitia a concessão do *writ* apenas para cientificar o Congresso Nacional de sua mora (Cf. MI 20, julgado em maio de 1994, de relatoria do Min. Celso de Mello). No julgamento do MI 670, do MI 708 e do MI 712, um novo entendimento se configurou, ante a decisão de Corte, definida na Sessão do dia 25 de outubro de 2007, no sentido de conceder o *writ* para aplicar, com eficácia *erga omnes*, a Lei nº 7.783/1989 aos servidores públicos, a fim de regulamentar o direito de greve no setor público.

3 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 263.

1 O PROBLEMA DA EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL

No plano da eficácia, o Direito Constitucional enfrenta o problema da classificação das normas, “para explicar a maneira como o imperativo se manifesta”⁴.

No início do século XIX, grassava, na doutrina, classificação que dividia as normas constitucionais em auto-aplicáveis e não-auto-aplicáveis. As primeiras eram executáveis *per se*, não demandando atividade legislativa complementar. As segundas dispunham apenas diretrizes para o legislador ordinário (ou meros conselhos, como diriam os mais céticos, por verem nessas normas expressão não-vinculante de juízos de valor, de simples expectativas). A norma auto-executável (*self executing rule*) tinha eficácia imediata (produzindo todos os efeitos jurídicos a que estava preordenada); a não-auto-executável (*non self-executing rule*) não tinha eficácia jurídica.

Essa visão, longe de representar a falta de normatividade da Constituição, evidenciava o compromisso social forjado no paradigma do Estado Liberal, por meio do qual se entendia que a Constituição devia cuidar de organizar o Estado e positivar as garantias fundamentais do indivíduo (concebidas como garantia das liberdades), que impunham dever de abstenção ao Estado (sendo, por isso, veiculadas por normas auto-aplicáveis).

Não é novidade que, no Estado Moderno (que emergiu no paradigma do Estado Liberal, passou pelo paradigma do Estado Social e sobrevive ainda hoje), o ordenamento jurídico é o espaço normativo privilegiado da sociedade, em que se cristalizam os compromissos sócio-econômico-políticos. No paradigma do Estado Liberal, essa ordem jurídica deveria primar pela contenção do poder estatal e pela liberdade do cidadão.

No contexto constitucional do início do século XIX, as normas programáticas não são, desse modo, propriamente um problema constitucional, dado que se tratava de apenas enunciar as expectativas que se tinha da ordem jurídica, entre as quais não se incluía a pretensão de impor ao Estado a implementação de políticas públicas (o bem-estar social deveria surgir da sinergia dos esforços individuais).

A crítica às normas não-auto-aplicáveis surge quando a sociedade espera mais do Estado. Outros compromissos sociais são forjados, agora sob a égide do paradigma do Estado Social: a promoção do bem-estar social é exigida do ente estatal⁵. Surgem os direitos sociais e econômicos.

4 VECCHIO, Giorgio Del apud SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 66.

5 Isso não significa que o Estado, antes desse paradigma, não realizava prestações positivas (como garantir ajuda aos necessitados). Ocorre que esse tipo de prestação não se inseria num rol de direitos, antes era visto como mera caridade estatal.

No Brasil, a manifestação constitucional desses novos compromissos já pode ser identificada no pós-II Guerra Mundial, mas ganha expressão depois do Movimento Militar de 1964 (quando se assiste, por exemplo, à universalização da educação).

José Afonso da Silva, percebendo, no Brasil, esse novo momento constitucional, formula, em 1967, sua clássica tese sobre a aplicabilidade das normas constitucionais. Na visão do autor:

“Cada norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde possa, até onde seja suscetível de execução. O problema situa-se, justamente, na determinação desse limite, na verificação de quais os efeitos parciais e possíveis de cada uma.

Do mesmo modo que se pode afirmar que não há norma constitucional alguma de todo ineficaz, ‘porque todas são, de modo unívoco, constitucionalmente cogentes em relação a seus destinatários’, como assinala De Simone, também se pode sustentar que nenhuma é, em si, completa, como nota Crisafulli, visto que ‘não se saberia verdadeiramente em que fazer consistir o caráter completo de uma norma; cada norma, em certo sentido, é incompleta, porque geral e abstrata, tanto que necessita do trabalho do intérprete para tornar-se concretamente aplicáveis aos casos singulares da vida social, compreendidos na respectiva categoria; existem, demais disso, normas mais ou menos [...] incompletas, ou, em outros termos, que requerem operações mais ou menos demoradas e complexas de interpretação para preencher-se o hiato que sempre separa a regra abstrata do caso historicamente individual que se trata de regular concretamente’.”⁶

Do ponto de vista da interconexão entre Estado, Sociedade e Direito, em que o Direito Constitucional se situa, as normas programáticas, no contexto dos novos compromissos emergentes do Estado Social (paradigma), alcançam importância fundamental.

Nesse contexto, as normas programáticas não representam, mais, meros conselhos, mas compromissos políticos cogentes.

Não há mais espaço para conceber norma constitucional destituída de eficácia. “Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da Constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada”⁷.

O que se pode admitir é que “a eficácia de certas normas constitucionais não alcança a plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida”⁸.

6 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 76.

7 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 81.

8 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 81-82.

Há, desse modo, na classificação proposta por José Afonso da Silva, três categorias de normas constitucionais: i) normas constitucionais de eficácia plena (que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais); ii) normas constitucionais de eficácia contida (que incidem imediatamente e podem produzir todos os efeitos desejados, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites); iii) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida (não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, carecendo de complementação normativa)⁹.

É no contexto das normas constitucionais de eficácia limitada que se insere o mandado de injunção, especificamente no que tange às normas programáticas que instituem direitos sociais. O instituto, criado na Constituição de 1988, está previsto no art. 5º, inciso LXXI¹⁰:

“LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

A criação do mandado de injunção, como se verifica, teve por objetivo aparelhar o cidadão com instrumento para que pudesse exercer, de forma plena, direitos e prerrogativas obstaculizados por falta de norma regulamentar.

2 O DILEMA DA AUTO-APLICABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO E A NATUREZA DE SEU PROVIMENTO JURISDICIONAL

As primeiras questões enfrentadas pelo mandado de injunção referiram-se à discussão acerca da necessidade de norma regulamentar para lhe dar eficácia plena e da natureza do provimento jurisdicional desse *writ*.

Não obstante a existência de intensa e rica divergência acadêmica, o *locus* dessa discussão foi o julgamento de Questão de Ordem no Mandado de Injunção nº 107, no Supremo Tribunal Federal.

Para fins deste trabalho, merece ser observado, no que concerne à auto-aplicabilidade, o confronto entre duas teses antagônicas, que partiam das mesmas premissas: a do Subprocurador-Geral da República que lavrou parecer no processo, Inocêncio Mártires Coelho, e a do Ministro Relator, Moreira Alves.

9 Delas é possível retirar normatividade suficiente para ser parâmetro de constitucionalidade de normas, ter poder revogador e impor ao legislador a proibição de retrocesso etc. Maiores detalhes podem ser vistos em CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Portugal: Almedina, p. 467-473.

10 Além desse dispositivo, há mais quatro normas que tratam do MI na CF: art. 102, inciso I, alínea g; art. 102, inciso II, alínea a; art. 105, inciso I, alínea h; art. 121, § 4º.

Ambos concordavam que a questão menor, no mandado de injunção, era fixar o rito aplicável (não era daí que surgia o problema da auto-aplicabilidade do mandado de injunção). Igualmente, convergiam no entendimento de que o preceito contido no § 1º do art. 5º da Constituição Federal, que estabelece a auto-aplicabilidade dos direitos fundamentais, não era suficiente para solucionar o problema, pois, como bem ponderou Inocêncio Mártires Coelho, ser um preceito auto-aplicável não lhe confere *ipso facto* essa condição, até porque “a disposição constitucional só é executável por si mesma até onde seja, realmente, susceptível de execução” (relatório do acórdão proferido no MI-QO 107).

Assim sendo, a questão fundamental, e nisso ambos ainda convergiam, era definir a natureza do mandado de injunção e o papel do Judiciário em face dos outros Poderes.

Em outras palavras, a questão crucial do mandado de injunção é: destina-se ele ao suprimento judicial da norma faltante ou a estimular a produção da norma pelo órgão competente¹¹?

De acordo com o entendimento manifestado no parecer de Inocêncio Mártires Coelho, dadas as potencialidades imanentes do MI (que representaria a possibilidade de grande interferência do Judiciário no Legislativo, inclusive para suprir a norma faltante), não podia o Judiciário dizer como se implantaria esse *mandamus*.

O Ministro Moreira Alves, em seu voto, não deu perspectiva tão promissora ao instituto. Por isso, permitiu-se concluir pela auto-aplicabilidade do *writ*, sem necessidade de interferência legislativa e sem ferir o princípio da separação de Poderes.

Deveras, não viu o Ministro Moreira Alves, no mandado de injunção, provimento jurisdicional que pudesse constituir o cidadão na situação jurídica decorrente do suprimento da inércia legislativa (dar o seguro desemprego para o cidadão que aguardava a regulamentação do dispositivo constitucional, por exemplo). Entendeu que o mandado de injunção se voltava contra o órgão que deve proferir a norma jurídica concretizadora do direito fundamental.

11 Cf. BARROSO, Luis Roberto. Os novos remédios jurídicos constitucionais. Limitação à taxa de juros. In: *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 182. Para Barroso, eis a função do MI: “Em consequência, afigura-se fora de dúvida que a melhor inteligência do dispositivo constitucional e de real alcance está em ver no mandado de injunção um instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficiente ou adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional, qual seja: que o Judiciário supra a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo. O objeto da decisão não é uma ordem ou uma recomendação para edição de uma norma. Ao contrário, o órgão jurisdicional substitui o órgão legislativo ou administrativo competentes para criar a regra, criando ele próprio, para os fins estritos e específicos do litígio que lhe cabe julgar, a norma necessária” (p. 183).

Concluiu, então, o Ministro Moreira Alves, que a eficácia do mandado de injunção é mandamental, de todo semelhante ao mandado de segurança, só que consistente na ordem de determinar ao impetrado a edição da norma regulamentar, sob pena de... coisa alguma.

Essa foi a solução endossada pela Corte.

Não deixa de ser interessante observar que o Supremo Tribunal Federal, apesar de considerar mandamental o provimento no MI, diluiu essa eficácia, reduzindo-a quase a um nada (ou, melhor dizendo, a uma declaratória). Leia-se, a propósito, trecho do voto do Ministro Moreira Alves, que expõe posição doutrinária de Friessenhahn, para embasar esse posicionamento:

“A Corte Constitucional não pode jamais estabelecer por si mesma, em lugar do legislador, uma certa disciplina. Ela pode e deve considerar que a declaração de uma omissão contrária à Constituição levará o legislador a suprir a lacuna indicada.” (apud fls. 44 do MI 107)

Essa falta de eficácia no comando da Corte fica bem clara na leitura de julgamentos posteriores ao *leading case*. A ementa lavrada no MI 168 consigna:

“O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra.” (MI 168, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20.04.1990)

Expressa, pois, essa visão do STF, um voto de confiança às instituições incumbidas de produzir a norma. É uma decisão que privilegia a prudência, em face de risco de crises institucionais (plenamente justificável, quando se pensa o momento histórico do País, pós-Constituinte, recém saído de um governo ditatorial)¹².

Comentando, todavia, esse entendimento, parte da doutrina criticou a falta de eficácia do mandado de injunção.

12 Essa lógica da prudência pode ser verificada dos seguintes fragmentos do voto do Min. Moreira Alves, no MI-QO 107:

“A única objeção que se opõe à solução adotada pela primeira corrente relativa ao mandado de injunção, embora para ela se encaminhem todos os elementos de interpretação que se podem colher dos textos constitucionais pertinentes, é a de que, na prática, a decisão dele decorrente poderá não ser cumprida, pela impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal atuar coercitivamente contra os Poderes do Estado omissos.”

“A Constituição partiu da premissa de que, com a procedência da ação direta [por omissão] ou do mandado de injunção, o Poder Competente, declarada a inconstitucionalidade de sua omissão, não persistirá em sua atitude omissa. E, bem ou mal, contentou-se com essa eficácia.” (fls. 46 do MI-QO 107)

Para José Afonso da Silva, “a interpretação do Supremo Tribunal Federal tolheu essa função que lhe dava razão de existir [de regulamentar o direito ou prerrogativa constitucional], para considerá-lo mero meio de obtenção de declaração da inconstitucionalidade por omissão”¹³.

José Carlos Barbosa Moreira, em artigo publicado no Jornal do Brasil, em 11.09.1990, citado por Luís Roberto Barroso, argumenta:

“Conceber o mandado de injunção como simples meio de apurar a inexistência da ‘norma regulamentadora’ e comunicá-la ao órgão competente para a edição (o qual, diga-se entre parênteses, presumivelmente conhece mais do que ninguém suas próprias omissões...) é reduzir a inovação a um sino sem badalo. Afinal, para dar ciência de algo a quem quer que seja, servia – e bastava – a boa e velha notificação.”¹⁴

De qualquer modo, é certo que o mandado de injunção assumiu, na conformação que então lhe foi dada pelo Supremo Tribunal Federal, o *status* de norma auto-aplicável, só que com eficácia restrita.

Retomando o dilema que cercou o julgamento do MI-QO 107, tem-se que, para Inocêncio Mártires Coelho, “enquanto não for regulamentado o preceito instituidor do mandado de injunção, este não poderá ser utilizado, assim como não poderão ser exercidos os direitos ou prerrogativas constitucionais, *cuas normas consagradoras não possuam os elementos mínimos de que necessitam juízes e tribunais para a emissão de provimentos jurisdicionais*” (grifos daqui), enquanto Moreira Alves entende que o *writ* “visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias”. Em sendo essa a finalidade do instituto, é ele, para Moreira Alves, “auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente”.

De um lado, a visão de Inocêncio Mártires Coelho, que via no *writ* grandes potencialidades, o que exigiria a participação do Legislativo, para lhe dar sentido. De outro, Moreira Alves, que não enxergava, no mandado de injunção, meio hábil de suprir lacuna normativa, mas apenas de cientificar o órgão omissor sobre a sua mora, o que não exigia regulamentação¹⁵.

13 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 166.

14 Apud BARROSO, Luís Roberto. Ob.cit., p. 187.

15 Para ratificar o ponto de vista aqui posto, conveniente trazer à balha a leitura feita por Inocêncio Mártires Coelho, anos depois do julgamento do MI-QO 107:

“A propósito do tema, ao ensejo do exame do Mandado de Injunção nº 107, quando nos manifestamos, como representante do Ministério Público Federal, sobre a preliminar relativa à auto-aplicabilidade do dispositivo

Em ambos, o mesmo desconforto: o papel do Judiciário e a sua relação com os demais Poderes. Inocêncio, ante essa preocupação, acreditava que, por interferência legislativa, seria possível conferir legitimidade aos provimentos em mandado de injunção. Moreira Alves, ao revés, não via, em nenhuma circunstância, a possibilidade de haver a legítima atuação judicial na fixação de norma regulamentadora.

Nesse rico debate, é possível verificar a verdadeira questão fundamental que emerge do mandado de injunção: a compreensão sobre o princípio da separação de Poderes. É dizer: em que medida há legitimidade em o Judiciário impor preceito normativo primário, substituindo a competência e a vontade de outro Poder?

Nessa perspectiva, forçoso é concluir, a concepção de separação de Poderes é o eixo relevante para a compreensão do mandado de injunção.

3 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES COMO PREMISSA FUNDAMENTAL NA DISCUSSÃO SOBRE MANDADO DE INJUNÇÃO

Como já noticiava Bobbio, o Estado Moderno, na luta pela limitação do poder estatal, engendrou várias formas para impedir os abusos que caracterizavam o Estado absoluto: i) impor um limite externo ao poder do Estado (notadamente os direitos fundamentais, vistos como direitos naturais); ii) estabelecer limites internos (teoria da separação de Poderes); e iii) retirar o poder soberano do monarca e atribuí-lo ao povo. É nesse cenário que se desenvolve toda a doutrina política que forjou o Constitucionalismo¹⁶.

Para tratar especificamente da função jurisdicional, em confronto com as demais funções estatais, é indispensável partir dessa tradição política e enfrentar o problema da separação de Poderes.

que instituiu essa nova garantia constitucional, estudamos com razoável profundidade a questão relativa à aplicabilidade das normas constitucionais, tendo concluído que não existe um critério objetivo que nos permita identificar, com segurança, quais dispositivos constitucionais reputam-se auto-aplicáveis e quais outros dependem de regulamentação.

[...]

A título de curiosidade, registre-se que, naquela ocasião, dissemos não ser auto-aplicável o preceito constitucional que instituiu o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI) porque, a despeito da finalidade que o inspirara, e do que dispõe o § 1º do mesmo artigo da Lei Maior 'as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata', esse dispositivo nos parecia incompleto e desprovido dos elementos mínimos indispensáveis à sua imediata execução.

Mesmo assim, sob aplausos gerais – tanto mais intensos quanto menos avisados – o Supremo Tribunal Federal rejeitou aquele entendimento e, como prevíramos, e até chegamos a vaticinar em nosso parecer, o novo instituto veio a morrer de inaplicação, por falta de uma regulamentação adequada à sua natureza, de nada valendo para viabilizá-lo a legislação apressadamente tomada de empréstimo ao mandado de segurança." (COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso avançado de direito constitucional* – IV (1ª Parte). Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003. p. 123-127)

16 BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 3. ed. Brasília: UnB, 1995. p. 15-17.

O gérmen da separação de Poderes já pode ser visto na concepção inglesa da *rule of law*¹⁷, dos idos do século XII, pela qual se entendia a impossibilidade de o elaborador da norma ser seu aplicador (no sentido judicial e executivo)¹⁸.

O princípio, todavia, obteve formulação autônoma apenas tempos depois, pela pena de dois pensadores franceses: Rousseau e Montesquieu.

Para o primeiro, não havia de se falar propriamente de separação de Poderes, uma vez que todo o poder – que era do povo – devia estar representado no Legislativo (monismo do legislador). A separação entre Executivo e Legislativo serviria, nesse contexto, apenas para garantir o primado da lei e não o equilíbrio de Poderes ou o controle de poder sobre poder^{19 e 20}. Nessa concepção, o Executivo e o Judiciário seriam, no máximo, funções estatais.

Para Montesquieu, que construiu seu modelo a partir de uma sociedade estamental, o poder estatal deveria ser dividido de modo a refletir a estratificação social. Tem-se, aqui, cada poder estatal representando um estrato da sociedade: o Poder Executivo representando o Rei; a Câmara Alta, a nobreza; a Câmara Baixa, a burguesia²¹.

Na experiência norte-americana, esses dois modelos encontram uma síntese. Na revolução americana, é consagrado o ideal de Rousseau da soberania popular: todo o poder emana do povo. De Montesquieu é absorvida a idéia da separação de Poderes (sem a vinculação entre poder social e poder estatal, pois não há, na sociedade norte-americana, uma sociedade estratificada que divide a soberania entre suas várias camadas. Há apenas um titular do poder soberano: o povo). Observa-se, ainda, na rica experiência constitucional norte-americana, a consagração do modelo de *checks and balances* (freios e contrapesos), em que não há independência absoluta entre os Poderes, porque há espaço para a interdependência²².

Essa visão institucional-normativa do princípio da separação de Poderes, iniciada nos Estados Unidos, está prevista na Constituição de 1988,

17 Cf. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Portugal: Coimbra, 1989. p. 50.

18 BRADLEY, A. W.; EWING, K. D. *Constitutional and administrative law*. Twelfth edition. New York: Longman, 1997. p. 105.

19 SALDANHA, Nelson. *O poder legislativo: separação de poderes*. Brasília: Fundação Petrônio Portella-MJ, 1981. p. 12-14.

20 Cf. PIÇARRA, Nuno. Ob. cit., p. 21.

21 O Judiciário, para Montesquieu, não era Poder, porque não representava qualquer estrato social, mas mera função.

22 Para maiores detalhes, vide MADISON, James. Número LI: Desenvolvimento do tema na mesma perspectiva e conclusão. In: *Os artigos federalistas*. Edição integral. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

em seu art. 2º, que tem a seguinte redação: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Desse dispositivo constitucional, lido em harmonia com a integralidade do Texto Constitucional, enuncia-se a *dimensão negativa* do princípio da separação de poderes, que assim pode ser sintetizada: cada um dos Poderes é independente, em princípio, nos seus processos decisórios, mas acha-se sujeito à interferência dos outros Poderes nas situações expressamente previstas no Texto Constitucional.

São vários os casos em que esse jogo de coordenação entre os diversos Poderes é estabelecido no Texto Constitucional. O Poder Legislativo interferindo na função executiva, por exemplo, quando fiscaliza a administração financeira e a execução do orçamento (com auxílio do TCU). O Poder Legislativo interferindo na função jurisdicional quando julga o Presidente e o Vice-Presidente da República e o Ministro do Supremo Tribunal Federal por crimes de responsabilidade. O Poder Executivo interferindo na função legislativa quando edita medidas provisórias ou exerce o poder de veto. O Poder Executivo interferindo na função judicial quando indulta ou comuta pena. O Poder Judiciário interfere na função legislativa quando tem a iniciativa legislativa para dispor sobre o Estatuto da Magistratura. O Poder Judiciário interfere na função administrativa quando não permite que o Presidente da República conceda a extradição.

A essa leitura do princípio é hoje agregada uma dimensão positiva da separação de Poderes, consistente no dever constitucional de se organizar de forma ótima as funções estatais.

O princípio da separação de Poderes, nessa dimensão, serve como parâmetro de resolução de conflitos institucionais.

A partir de uma pauta de otimização das funções estatais (em casos que envolvam problemas de delimitação de competência), ter-se-ia que *determinada função será exercida por quem tem legitimidade para decidir e responsabilidade pela decisão*²³.

Cometendo a Constituição determinado dever para um Poder, outorga-lhe, também, os instrumentos necessários para a consecução de suas tarefas, desde que esteja orgânica e funcionalmente preparado para exercer essas funções.

Canotilho, no mesmo sentido de Nuno Piçarra, reconhece que a possibilidade de exercício adequado e justo da função deve ser um critério de

23 PIÇARRA, Nuno. Ob. cit., p. 262.

aferição (que se irradia a partir do princípio da separação de Poderes) da legitimidade de atribuição de determinada função estatal²⁴.

Assim, se, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, nenhuma lesão ou ameaça de lesão será afastada do Judiciário, não é possível conceber a existência de imunidade de jurisdição para atos administrativos discricionários²⁵.

Idêntico raciocínio explica o poder normativo da Administração Pública: se lhe compete ordenar a sociedade em uma perspectiva dinâmica (como ocorre com a fixação da taxa de juros), há de ser reconhecida a existência de poder normativo do Executivo, que pode expedir normas primárias, desde que haja lei que lhe fixe essa competência²⁶.

Pode-se citar, por fim, o exemplo dos poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito. Prevista, na Constituição, a possibilidade de o Congresso Nacional instituir CPIs, devem lhe ser reconhecidos certos poderes investigatórios.

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

Na compreensão do mandado de injunção tem sido enfatizada a dimensão negativa do princípio da separação de Poderes, para limitar o provimento jurisdicional à notificação do órgão ou poder omissivo na regulamentação de um direito fundamental ou prerrogativa.

A dimensão positiva do princípio da separação de Poderes, pelo que se verá, tem o condão de permitir um alargamento da compreensão do instituto, à luz da lenta e progressiva evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (o que a dimensão negativa do princípio tem dificuldades de fazer), além de lhe dar perspectivas que não comprometam o sentido de unidade que deve passar todo o ordenamento jurídico.

24 CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Portugal: Almedina, 1999. p. 246.

25 Apesar de não ser lícito ao Judiciário substituir-se ao Administrador, pode ele examinar se o ato administrativo não transbordou de seus limites, ao fugir da finalidade pública preordenada na norma que conferiu competência ao agente administrativo.

26 Essa questão foi por nós tratada em livro intitulado *Direito e economia: o poder normativo da Administração Pública na gestão da política econômica*, publicado pela Sergio Antonio Fabris Editor.

4 A NATUREZA MANDAMENTAL DO PROVIMENTO JUDICIAL EM MI

Parece correta a interpretação, já feita no julgamento da questão de ordem no MI 107, de que a natureza do provimento jurisdicional no mandado de injunção é mandamental.

Tal leitura pode ser justificada por algumas pistas deixadas pelo Texto Constitucional, nos poucos dispositivos em que cuida do instituto: i) a denominação do instituto, que contém a expressão *mandado*; ii) a previsão contida no art. 102, inciso II, letra a, segundo a qual caberá recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal, quando denegatória *a ordem*; iii) a competência para apreciar e julgar o *writ* ser definida em razão do órgão que deveria suprir a omissão normativa (o que induz à conclusão de que esses órgãos deverão integrar a lide).

Esses indícios, já expostos por Moreira Alves em seu voto no MI-QO 107, faz concluir que o comando judicial, no mandado de injunção, volta-se mais para emitir uma ordem ao órgão omissor do que a suprir a ausência de norma regulamentar. Além disso, na visão de Moreira Alves, essa seria a melhor leitura do instituto, para conciliá-lo com a Constituição (leia-se, princípio institucional-normativo da separação de Poderes).

Como bem explicita Ovídio Baptista²⁷, no provimento mandamental, o juiz – ao invés de limitar-se a condenar o demandado a fazer ou não-fazer alguma coisa – emite uma ordem a ser observada pelo demandado (indo além da simples condenação, a sentença mandamental ordena que as partes se comportem segundo os termos da sentença).

Distingue-se do provimento executivo porque, enquanto a execução é ato privado da parte que o juiz realiza em substituição à parte que deveria tê-lo realizado, o provimento mandamental representa ato do Estado, que só pode ser realizado pelo juiz, em razão de sua estatalidade, como diria o autor²⁸.

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

O Supremo Tribunal Federal, todavia, diluiu essa mandamentalidade em declaratividade. Isso porque desproveu seu comando de qualquer força injuntiva.

27 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, v. 2, 1998. p. 334/335 e 348.

28 A tutela mandamental pressupõe, assim, que o juiz seja compreendido mais como representante do poder estatal do que como funcionário público.

Como visto, a leitura que a Corte fez do princípio da separação de Poderes²⁹ não permitia que se imiscuísse no processo da formação de vontade ínsito a outro Poder (nesse sentido, é comum ouvir o dogma de que o Supremo apenas pode agir como legislador negativo).

Daí, limitar o provimento a declarar a demora na regulamentação do direito ou prerrogativa e ordenar (sem impor pena) o suprimento da mora.

Essa orientação – que é tida como regra geral – sofreu um primeiro abalo no julgamento dos MI 283 e MI 284, pelo Supremo Tribunal Federal, em março de 1991.

Tratava-se de mandados de injunção que visavam à regulamentação do direito previsto no art. 8º, § 3º, do ADCT, que previa reparação pecuniária àqueles que foram perseguidos por meio de certas Portarias do Ministério da Aeronáutica, em 1964.

Tendo em vista a renitência do Congresso Nacional em não editar a norma no prazo constitucionalmente assinalado de doze meses a partir da promulgação da Carta, o Supremo Tribunal Federal admitiu que, após a declaração da lacuna normativa e não havendo purgação da mora, caberia indenização por perdas e danos.

Eis a ementa do acórdão lavrado no MI 283:

“Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, § 3º, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos.

1. O STF admite – não obstante a natureza mandamental do Mandado de Injunção (MI 107 – QO) – que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contém o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção nºs 168, 107 e 232).

2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8º, § 3º – ‘Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5, será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição’) – vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada.

29 O mandado de injunção, dependendo da orientação que se siga, pode ser visto como ação que visa a obter pronunciamento jurisdicional que crie norma (natureza constitutiva); que determine a criação de norma (mandamental); que declare a ausência de norma (declaratória); que garanta a preservação do direito (cautelar); que condene o Poder Público a ressarcir os prejuízos decorrentes da falta da norma (condenatória).

3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito.

4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8º, § 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.” (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 20.03.1991, DJ 14.11.1991)

Nesse acórdão, ficou assinalado que: i) era deferido prazo de 60 dias para ser editada a norma (inclusive com sanção presidencial); ii) se ultrapassado esse prazo, reconhecido estaria o direito dos impetrantes de pleitear da União a reparação devida por perdas e danos; iii) a condenação transitada em julgado não impede que os impetrantes valham-se de lei posterior que traga melhores condições.

Não é possível, contudo, retirar desse caso a conclusão de que o Supremo alterou a natureza do provimento do mandado de injunção de mandamental para condenatória. Em verdade, o deferimento da reparação pecuniária, a ser liquidada posteriormente, será uma conseqüência do descumprimento da ordem judicial³⁰. No caso, portanto, a natureza mandamental do *writ* foi reforçada, dado que a eficácia da ordem foi potencializada,

30 Entre os vários apartes realizados pelo Ministro Moreira Alves (que sugeriu ao relator, o Min. Sepúlveda Pertence, a concessão da ordem para o fim de, cumprido o prazo estabelecido, deferir o direito de pleitear a indenização), no julgamento do MI 283, merecem transcrita os seguintes (para o fim de melhor compreender a natureza do *writ* nessa situação):

“Não estamos dando ao juiz a faculdade de fixar parâmetros, apenas estamos dizendo que a Constituição, no caso concreto, se aplica de imediato se o Congresso não legislar, o que implica dizer que ele tem direito à indenização que o juiz fixar.”

Sobre a inexistência de interferência indevida de poderes, assentou o Ministro Moreira Alves: “Em casos como o presente, não me parece que haja qualquer violação constitucional decorrente dessa construção por mim aventada, com inspiração no que ocorre na Alemanha. Não se determina que ‘o Congresso tem de elaborar a lei sob pena de [...]’, mas se estabelece que, se o Congresso não a elaborar, poderá, no caso, ser aplicado com a observância das normas de direito comum relativas à indenização”.

No entender de Moreira Alves, a solução aventada é “maneira indireta de compelir o Congresso, que por essas omissões não é passível de sanção direta, a cumprir o dever que a Constituição lhe impõe de regulamentar os dispositivos que outorgam os direitos, as liberdades ou as prerrogativas que dão margem à utilização do mandado de injunção”.

com a conversão da obrigação de fazer infungível em perdas e danos (logo que impossível, na visão da Corte, compelir outro Poder a emitir a norma).

As condições objetivas para essa decisão do Supremo devem ser ressaltadas: i) a inércia do Poder Legislativo; ii) a superação do prazo constitucional assinado para a edição da lei, pela própria Constituição; iii) a situação dos titulares do direito subjetivo (que corriam o risco de nunca verem cumprida a promessa constitucional, dada a idade avançada); iv) a explicitação contida na norma constitucional do conteúdo do direito subjetivo carente de regulamentação (reparação pecuniária); v) a existência de identidade entre a pessoa jurídica que devia editar a norma e a que deveria suportar a obrigação constitucional (ambas são a União³¹).

O segundo caso paradigmático, na evolução jurisprudencial do instituto, ocorreu no final de 1991, no julgamento do MI 232³², quando se discutia o alcance do § 7º do art. 195 (que trata de isenção das contribuições previdenciárias para entidades beneficentes de assistência social).

Nesse caso, o STF verberou o entendimento de que, se não houvesse regulamentação, a norma seria considerada, a partir de então, com eficácia contida. *Vide* a ementa:

“Ocorrência, no caso, em face do disposto no art. 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. 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 art. 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.” (Rel. Min. Moreira Alves, J. 02.08.1991, DJ 27.03.1992)

Note-se que, aqui, houve tutela judicial que garantiu o melhor resultado prático que adviria do cumprimento da ordem (e não conversão da obrigação de fazer em perdas e danos). Por outro turno, essa tutela decorreu de mera técnica interpretativa do § 7º do art. 195 da Constituição: o Supremo Tribunal Federal transformou uma norma constitucional de eficácia limitada em norma constitucional de eficácia contida³³.

31 É relevante observar, na linha da doutrina do processo civil, que autoridade coatora não é parte (não integra a relação jurídico-processual). Parte passiva é aquele que suportará os efeitos da decisão. *In casu*, tal como ocorre no mandado de segurança, a autoridade coatora apresenta (torna presente) a parte e tem a função de prestar informações (e não de apresentar defesa). Para maiores informações, recomenda-se a leitura de FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 85 e ss.

32 O início desse julgamento ocorreu em fevereiro de 1991. Em razão do pedido de vista dos autos, formulado pelo Ministro Célio Borja, o julgamento só foi concluído em novembro de 1991.

33 Duas transcrições desse julgamento permitem a apreensão das razões de decidir da Corte.

Já no julgamento do MI 670, MI 708 e do MI 712, que buscavam a regulamentação do direito de greve do servidor público civil, previsto no art. 37, inciso VII, da Constituição Federal, o Supremo decidiu garantir resultado prático equivalente à tutela específica da obrigação de fazer, ao indicar norma existente para suprir o vácuo normativo, diante do descumprimento da ordem judicial de suprir a mora legislativa. E foi além, ao conferir eficácia *erga omnes* ao julgado³⁴.

Como se verifica, no julgamento do MI 670 e do MI 712, descortinou-se nova faceta do instituto, pois, como decorrência do descumprimento da ordem judicial de suprir a mora legislativa, o Supremo está a suprir o vácuo normativo, interferindo diretamente na vida institucional de outros entes federados que não podem ser responsabilizados diretamente pela omissão do Congresso Nacional (de qualquer modo, a repercussão não sai do âmbito estatal). Trata-se de outra faceta da mandamentalidade, por meio da qual o juízo garante as consequências práticas do provimento por outros meios.

Em todas essas situações, temos as seguintes circunstâncias em comum: i) a natureza do provimento judicial é mandamental, que, ao lado da emissão de uma ordem, confere uma consequência ao seu descumprimento; ii) tanto a obrigação de editar a norma regulamentadora, como a de suportar o exercício do direito a ser regulamentado, são suportados pelo Estado³⁵; iii) a decisão do Supremo obtém resultado que está no horizonte de expectativas do direito/prerrogativa carecedor de regulamentação (seja porque garante o único resultado almejado pela norma constitucional (garantindo a indenização nela prevista), seja porque lhe atribui eficácia contida (ao invés

Afirmou o Ministro Moreira Alves: “A solução que dou, neste caso concreto – o de marcar prazo para que o Congresso supra sua omissão inconstitucional, sob pena de, não o fazendo, o requerente tenha reconhecida a imunidade a que alude o § 7º do art. 195 da Constituição sem as restrições que a lei futura poderá estabelecer –, está dentro da linha de orientação tomada na referida questão de ordem [no MI 107], pois se trata de reconhecimento que não envolve atuação legislativa por parte desta Corte”.

O Ministro Sepúlveda Pertence fez um balanço adequado do que representa a decisão da Corte: “Fico, pois, com a convicção que formara quando do início do julgamento, que leva à solução do eminente Ministro Moreira Alves, e que desvela, mais uma vez, as potencialidades da formulação ortodoxa, que se fixou no Mandado de Injunção nº 107, ou seja: sempre que o caso permitir, inserir, no mandado de injunção, uma cominação, com o sentido de cautelar ou compulsivo de levar à agilização do processo legislativo de complementação da norma constitucional, sem, no entanto, se substituir definitivamente o Tribunal ao legislador”.

34 O voto do Ministro Gilmar Mendes traz importantes considerações a respeito. É possível ler o inteiro teor do voto no periódico eletrônico Observatório da Jurisdição Constitucional: <http://www.idp.edu.br/index.php?op=std_1&id=9&sc_1=60&sc_2=268>. Último acesso em: 19 de janeiro de 2008.

35 É de bom alvitre ressaltar que o STF nega, até o momento, a possibilidade de dar tutela específica quando o ônus não será suportado pelo Estado, mas pelo particular. É o que ficou assentado no MI 361:

“IV – MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA MANDAMENTAL (MI-QO 107, M. ALVES, *RTJ* 133/11) – Descabimento de fixação de prazo para o suprimento da omissão constitucional, quando - por não ser o estado o sujeito passivo do direito constitucional de exercício obstado pela ausência da norma regulamentadora (v.g., MI 283, Pertence, *RTJ* 135/882) –, não seja possível cominar consequências a sua continuidade após o termo final da dilação assinada.” (Rel. p/o Ac. Min. Sepúlveda, J. 08.04.1994, DJ 17.06.1994)

de limitada), seja porque impõe regulamentação prevista no próprio ordenamento jurídico para casos análogos³⁶); e iv) a decisão proferida não subtrai permanentemente o poder normativo da autoridade coatora, que tem preservada a sua função de emitir o ato regulamentador.

Após essa resenha sobre os julgados paradigmáticos do mandado de injunção, que buscou racionalizar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, impõe-se, retomando a investigação do instituto à luz de sua natureza mandamental e do princípio da separação de Poderes, o esforço de delinear algumas perspectivas para o *writ*, bem como as condições para seu desenvolvimento.

CONCLUSÕES: PERSPECTIVAS PARA O MANDADO DE INJUNÇÃO E AS CONDIÇÕES PARA SEU DESENVOLVIMENTO

O mandado de injunção tem natureza mandamental (nos termos do MI-QO 107), sendo que, de ordinário, essa mandamentalidade representa, apenas, a notificação da autoridade coatora sobre a existência de mora.

Em certos casos, tem admitido o Supremo Tribunal Federal que o descumprimento da ordem judicial importará na concessão de tutela específica (MI 670 e 712), ou com resultado semelhante (MI 232), ou na conversão da obrigação de fazer em perdas e danos (MI-283). Em todas essas hipóteses, as conseqüências pelo descumprimento devem sempre ser suportadas pelo Estado (nos termos do MI-361, a concessão da ordem não pode gerar obrigação para o particular que era destinatário da norma que carecia de regulamentação).

Pelo que se vê, há indicativo seguro de que a jurisprudência do Supremo caminha para, em casos específicos, admitir verdadeira mandamentalidade ao *writ*, para além da mera declaratividade.

Ao contrário do que se pode pensar, garantir a mandamentalidade do mandado de injunção não ofende, em tese, o princípio da separação de Poderes. Ao revés, essa medida pode ser veículo para prestigiá-lo, desde que assentado em sua dimensão positiva.

36 A solução proposta pelo Ministro Lewandowski – de considerar de eficácia contida a norma constitucional – parece, no caso, contrariar essa regra de buscar, como conseqüência do descumprimento da ordem judicial, resultado esperado pelo ordenamento jurídico. Isso porque, como decorrência do descumprimento da ordem de legislar, o Ministro propõe que a greve dos servidores públicos seja praticamente relegada a uma situação de anomia. Eis a conclusão do seu voto, no MI 670: “Em face do exposto, pelo meu voto, conheço do mandado de injunção, concedendo a ordem em parte para garantir o exercício do direito de greve aos Policiais Civis do Estado do Espírito Santo, assegurada por estes a prestação dos serviços inadiáveis, devendo o Governo do Estado abster-se de adotar medidas que inviabilizem ou limitem esse direito, tais como o corte do ponto dos servidores ou a imposição de multa pecuniária diária”.

Não se deve esquecer, como assinalado logo no início do tópico 4, que o princípio da separação de Poderes foi técnica engendrada pelo Estado Moderno para a proteção do cidadão. Nessa linha, não é lícito ver, no princípio, um fim em si mesmo, nem mero instrumento de proteção do Estado (pois ele serve como proteção ao cidadão e à sociedade).

Pela dimensão positiva da separação de Poderes, há de ser reconhecida alguma possibilidade de o Judiciário, para tutelar direito subjetivo, conceder o provimento necessário para a fruição do direito violado, seguindo a máxima de Chiovenda, segundo a qual o processo deve propiciar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber.

Para tanto, o primeiro requisito que deve ser observado é, inequivocamente, o do devido processo legal.

No mandado de injunção, é tutelado, de forma direta, o direito subjetivo de o cidadão exigir a regulamentação de determinado direito ou prerrogativa e, de forma indireta, o direito subjetivo constitucionalmente assegurado que está a depender de regulamentação³⁷. Há, pois, dois direitos subjetivos envolvidos: o direito subjetivo de obter a norma regulamentadora e o direito subjetivo constitucional (carecedor de regulamentação).

Em sendo assim, estão envolvidas duas obrigações.

Quando ambas as obrigações devem ser suportadas pela mesma pessoa, são maiores as alternativas de tutela judicial: conceder a tutela específica (quando não houver grande complexidade jurídica, econômica, política ou social envolvida na norma regulamentadora, que permita ao Tribunal verificar o horizonte de expectativas para ela), conversão em perdas e danos ou outra medida que possa compelir o demandado.

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

Em verdade, a participação daquele que estará diretamente submetido aos efeitos da decisão é condição necessária, mas, talvez, não suficiente para legitimar o processo. Isso porque a complexidade jurídica, econômica,

37 Como acentua Canotilho, as normas constitucionais instituidoras de direitos econômicos, sociais e culturais, modelam a dimensão objetiva da norma de duas formas: i) imposições legiferantes; e ii) fornecimento de prestações aos cidadãos (cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Ob. cit., p. 466).

política ou social inerente à norma regulamentadora pode tornar insuficiente a legitimação pelo processo judicial. Nessas hipóteses, as melhores alternativas (quando viáveis) estão voltadas para a prolação de medidas coercitivas indiretas contra aquele que deve editar a norma³⁸.

Em todas as situações, é certo que medidas judiciais que reforcem a eficácia do mandado de injunção e fortaleçam a tutela jurisdicional são potenciais focos de graves crises institucionais³⁹.

Em sendo assim, no julgamento de mandado de injunção, deve imperar a lógica da prudência: i) o princípio da mínima interferência (como corolário da justa ordenação dos Poderes); ii) a maior parcimônia do julgador (maior tolerância para declarar a mora, maior prazo para supri-la) em situações que demandem interferência judicial mais intensa; e iii) a reserva do possível⁴⁰.

Essas regras visam a explicitar, na discussão judicial, questões que devem ser enfrentadas no julgamento: i) que bem jurídico é tutelado pela

38 Nessa seara de imprimir efetividade a provimentos mandamentais, a criatividade judicial se impõe, como já aventado. De logo, cogitamos, de forma irrefletida, a possibilidade de o Tribunal ordenar o suprimento da mora normativa, sob pena de ficarem sobrestadas, “até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando”, na forma preceituada no § 6º do art. 62 da Constituição. Ou, ainda, sob pena de ser obstada a interrupção da sessão legislativa, em sentido análogo ao estabelecido no § 2º do art. 57 da Constituição.

39 Por isso, em qualquer situação, a primeira questão a ser enfrentada pela Corte está na própria configuração da mora – questões extremamente controvertidas, por demandarem maior reflexividade, não devem estar submetidas ao mesmo parâmetro, no que tange à declaração da mora, de questões simples. Esse entendimento, aliás, já está prestigiado na jurisprudência do Supremo. Ilustrativa, a respeito, a ementa lavrada no MI 361:

“Mora legislativa. Exigência e caracterização: critério de razoabilidade. A mora, que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa, é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da lei fundamental; vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar. Juros reais (CF, art.192, § 3º): passados quase cinco anos da Constituição e dada a inequívoca relevância da decisão constituinte paralisada pela falta da lei complementar necessária a sua eficácia, conforme já assentado pelo STF (ADI 4, DJ 25.06.1993, Sanches), declara-se inconstitucional a persistente omissão legislativa a respeito, para que a supra o Congresso Nacional. Mandado de injunção: natureza mandamental (MI-QO 107, M. Alves, *RTJ* 133/11). Descabimento de fixação de prazo para o suprimento da omissão constitucional, quando, por não ser o estado o sujeito passivo do direito constitucional de exercício obstado pela ausência da norma regulamentadora (v.g., MI 283, Pertence, *RTJ* 135/882), não seja possível cominar consequências a sua continuidade após o termo final da dilação assinada.” (MI 361, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 17.06.1994)

Em sentido semelhante, o MI 715, DJ 04.03.2005, no qual se reconhece “a superação excessiva de prazo razoável” (sugerindo a existência de uma espécie de mora qualificada).

40 Como adverte Canotilho, “[o]s direitos económicos, sociais e culturais e respectiva protecção andam estreitamente associados a um conjunto de condições – económicas, sociais e culturais – que a moderna doutrina dos direitos fundamentais designa por pressupostos de direitos fundamentais. Consideram-se pressupostos de direitos fundamentais a multiplicidade de factores – capacidade económica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento económico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa – que condicionam, de forma positiva e negativa, a existência de protecção dos direitos económicos, sociais e culturais” (Ob. cit., p. 463).

norma constitucional que carece de regulamentação?; ii) estão preenchidos os pressupostos do direito fundamental supostamente violado?; iii) a tutela desse bem jurídico justifica que tipo de interferência judicial (que deve ser a mínima possível)?, iv) qual é a complexidade (jurídica, moral, social, econômica ou política) inerente à norma regulamentadora?; v) quem será afetado pela norma regulamentadora?

Como se vê, a maior efetividade do mandado de injunção estará estritamente vinculada ao exercício responsável do *munus* público de julgar. Afinal, sob o prisma positivo do princípio da separação de poderes, a atuação de um Poder está associada à existência de estrutura orgânica funcionalmente adequada, o que se verifica pela *legitimidade* para a decisão e pela *responsabilidade* pela decisão⁴¹.

41 Cf. PIÇARRA, Nuno. Ob.cit., p. 262.