



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 8, no. 1, jan./jul. 2015. ISSN 1982-4564.

A separação dos poderes e os efeitos do mandado de injunção

*Tassyla Queiroga Sousa e Silva**

Resumo: O tema do presente trabalho se baseia nos benefícios do mandado de injunção como instrumento constitucional apto a efetivar os direitos fundamentais básicos, bem como a sua compatibilidade com o princípio da Separação dos Poderes. Tal previsão processual foi implantada na Constituição Federal de 1988, e trouxe uma solução judicial para as omissões inconstitucionais em casos concretos, através da possibilidade de regulamentação supletiva para os casos de inércia do órgão responsável. São abordadas diferentes teorias que classificam a extensão dos seus efeitos, sendo necessário estabelecer em definitivo quem são os interessados e os atingidos por essa ação constitucional. Aborda-se precipuamente a divisão clássica adotada por Alexandre de Moraes, que distingue a evolução do mandado de injunção a partir das teorias não concretista, concretista geral e concretista individual. Essa divisão varia de acordo com os efeitos emanados, que podem ser meramente declaratórios ou mandamentais, e que podem alcançar apenas as partes interessadas no processo ou irradiar efeitos de lei. Devido à possibilidade de o Judiciário analisar a compatibilidade e a coerência hierárquica de todos os textos normativos, e aplicar decisões de competência originária dos outros Poderes, discute-se a influência do Judiciário junto às outras esferas de Poder. Também são verificados os limites e os parâmetros que legitimam essa intervenção, com vistas a garantir a aplicação jurisdicional das normas no controle difuso de maneira subsidiária, ao mesmo tempo em que se mantenham respeitados os princípios constitucionais que definem a Separação dos Poderes..

Palavras-chave: *Mandado de injunção; Efeitos emanados; Separação dos Poderes.*

Abstract: The main purpose of this study is to analyse the benefits of the writ of injunction as a constitutional instrument, able to provide the basic fundamental rights, as well as its compatibility with the principle of Separation of Powers. This procedural action was described at first in the Constitution of Brazil of 1988, and brought up a judicial solution to the problem of unconstitutionality by omission, through the possibility of an additional rule to be used by the Judiciary in the cases in which the responsible for acting does not act effectively. Different theories are analysed in order to classify the extent of its effects, establishing who are the real interested and the concretely affected by this constitutional action. The classical division of Alexandre de Moraes is used, and the evolution of the writ of injunction is classified from his theories, including the non-concretist, general concretist and individual concretist theory. This division changes depending on how the external effects are propagated, as they can be merely declaratory or mandatory, and can reach only the interested parts or spread its effects like a typical rule. Due to the possibility of the Judiciary analyses the compatibility and the hierarchy in all the normative texts, and apply decisions whose jurisdiction was originally different, its influence is controversial and keeps being discussed. The boundaries of this intervention are also verified, in order to provide a legal and subsidiary implementation of rules in the specific cases by the Judiciary, respecting the constitutional limits of the principle of Separation of Powers.

Keywords: *Writ of injunction; Extent of the effects; Separation of Powers*

* Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Graduada pelo Centro Universitário de João Pessoa. Advogada.

1. Considerações iniciais

Em uma época de fortalecimento do constitucionalismo e após o advento do Estado Social de Direito, o poder público passou a ser responsável pelo bem-estar da população e pela efetivação dos objetivos sociais previstos no texto constitucional¹. Assim, passou a perseguir a plena e máxima aplicabilidade da ordem jurídica, através de mecanismos de realização dos preceitos legais estabelecidos.

Dentro do rol de ações constitucionais previstas para garantir esses direitos estão incluídas as ações que combatem a inconstitucionalidade por omissão, como a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Trata-se de instrumentos capazes de obrigar os demais Poderes a cumprir sua função legislativa, notadamente nas normas constitucionais que não são auto-executáveis e que dependem, portanto, de regulamentação infraconstitucional.

O tema da inconstitucionalidade por omissão é consequência do fortalecimento do Estado Constitucional de Direito, e veio estabelecer os direitos sociais como objetivos supremos a serem buscados pelo Poder Público. Defende a ideia de que não basta ao cidadão ter o seu direito assegurado por uma disposição expressa, sendo necessária a garantia de sua efetivação através de ações que concretizem os direitos estabelecidos em normas constitucionais, sejam elas de aplicabilidade imediata ou de eficácia programática.

Surge, assim, o vínculo indissolúvel que obriga o Estado a obedecer as diretrizes, regras e princípios previstos na Constituição². O Poder Público passa a ser responsável por esgotar todo o potencial oferecido pelas normas constitucionais, seja através do cumprimento integral das leis de eficácia plena ou da complementação infraconstitucional das normas de eficácia limitada.

No plano do controle de constitucionalidade difuso, o remédio constitucional denominado mandado de injunção foi considerado uma inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, com o objetivo de coibir as omissões do Poder Legislativo no âmbito das normas constitucionais de eficácia limitada. Assim, sempre que houver uma norma necessitando de um complemento infraconstitucional, e após o decurso de um lapso temporal razoável para sua regulamentação, a Constituição prevê a possibilidade de complementação dessa norma por parte do Poder Judiciário no controle difuso, a fim de garantir a tutela dos direitos fundamentais.

Por esse motivo, discute-se a influência do Judiciário junto às outras esferas de Poder e a sua obediência ao Princípio da Separação dos Poderes, partindo-se de um estudo histórico sobre a teoria de Montesquieu e a sua evolução dentro do Estado Constitucional. São definidos também os parâmetros e limites a essa intervenção, no intuito de fomentar a aplicação jurisdicional das

¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podium Edições, 2008. p. 28.

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 36.

normas ao caso concreto, ao passo em que se mantenham respeitados os preceitos constitucionais que definem o princípio da Separação dos Poderes.

Observa-se que esta controvérsia se justifica devido à possibilidade de o Judiciário analisar a compatibilidade e a coerência hierárquica de todos os textos normativos, e aplicar decisões de competência originária dos outros Poderes, caso estes se isentem da obrigação de criar leis ou atos infraconstitucionais necessários à efetivação dos preceitos constitucionais.

Com efeito, a possibilidade de concretização judicial das normas constitucionais de eficácia limitada em sede de controle difuso demonstra a preocupação do legislador constituinte em evitar omissões inconstitucionais, bem como assegurar a efetivação e máxima aplicabilidade das normas constitucionais. Através da reciprocidade e controle das atividades entre os poderes públicos, o Judiciário se mostra competente para cumprir tal função, no intuito de beneficiar as partes interessadas no processo.

A previsão constitucional dispõe sobre a possibilidade de incidência do mandado de injunção sempre que estiver prejudicado o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, e das prerrogativas que abranjam a nacionalidade, a soberania e a cidadania, não importando a sua posição hierárquica, desde que presente no texto da Constituição como norma de eficácia limitada. Não há motivo para que se restrinjam os termos que prevêm a matéria, tendo em vista que a razão que justifica a concessão do mandado de injunção aos direitos e prerrogativas do artigo 5º subsiste para todos os outros direitos e garantias fundamentais, desde que seu exercício esteja inviabilizado pela omissão legislativa.

Atualmente, há uma nova hipótese de omissão para os casos em que a omissão ocorreu devido ao defasamento da norma existente por superveniência de fato novo que necessita de um aperfeiçoamento da lei. Nesses casos, a omissão se justifica pela ausência de readaptação ou aprimoramento da medida já existente, que dificulte ou impeça a máxima efetividade na aplicação dos direitos fundamentais..

2. Efeitos do mandado de injunção

Ao se constatar a existência de normas constitucionais cuja eficácia é limitada à regulamentação posterior, surge para o Estado a obrigatoriedade de complementar essas limitações através de regras infraconstitucionais, sob pena de que sua não atuação resulte em inconstitucionalidade por omissão. O intuito é evitar que a inércia do legislador responsável impossibilite a aplicação da norma e conduza ao esvaziamento do preceito constitucional.

Neste sentido, em sede de controle difuso, o caráter de apreciação da norma ocorre por via de exceção, e possui efeitos *inter partes* e *ex tunc*. Ainda que o artigo 52, X, da Constituição preveja que a extensão dos efeitos às demais

peças depende da determinação do Senado Federal, há crescente controvérsia quanto a esse mecanismo de efeitos, existindo parte da doutrina que defende a possibilidade de mutação constitucional para delegar ao Senado somente a declaração de ampliação dos efeitos já garantidos pelo controle jurisdicional.

Verifica-se, portanto, que os efeitos da decisão constituem o ponto mais polêmico do procedimento acerca do mandado de injunção, motivo pelo qual houveram reiteradas mudanças no posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre qual a intenção do legislador constituinte a respeito de como o instrumento deveria ser aplicado e quais pessoas deveriam ser atingidas. Tais efeitos emanados pelo *writ* podem ser utilizados de maneira abstrata, com vistas a regularizar o ordenamento jurídico através da imposição à autoridade legislativa, para que edite a norma regulamentadora necessária, ou de maneira difusa e específica, com a pretensão de garantir o exercício imediato do direito tolhido às partes que necessitam da regulamentação para obter a tutela jurisdicional.

Existem várias teorias que buscam identificar as especificidades e efeitos do mandado de injunção a partir dos seus fenômenos processuais, com vistas a analisar os seus efeitos e a sua aplicação. Na classificação proposta por Regina Quaresma, o instituto é dividido pela teoria da subsidiariedade, teoria da independência jurisdicional e teoria da resolutividade³.

Segundo a teoria da subsidiariedade, o julgador deve se ater a declarar a mora legislativa do mesmo modo que ocorre com a inconstitucionalidade por omissão, mas diferindo da ação do controle concentrado no que se refere à legitimidade para a causa. Já a teoria da independência atribui um caráter constitutivo *erga omnes* às decisões prolatadas, proporcionando ao Judiciário a edição de uma norma que ultrapassa o caso concreto e atribui efeitos gerais a todos os interessados, ainda que não tenham impetrado ação judicial. As críticas atribuídas a essa corrente se justificam devido à função legislativa que é atribuída atipicamente ao Judiciário, indo de encontro ao princípio da Separação dos Poderes.

Por fim, a teoria da resolutividade defende que cabe ao juiz solucionar o problema das partes no caso concreto ao mesmo tempo em que respeita e não ultrapassa os limites da função legislativa. Atua regulamentando a norma faltante com efeito *inter partes*, e se caracteriza como uma ação incidental de controle de constitucionalidade. Nesse caso, o processo foi impetrado em virtude de uma lide cuja prestação jurisdicional foi obstaculizada devido à ausência de complementação da norma de eficácia limitada, e fica a cargo do juiz a supressão dessa lacuna.

³ QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 60.

Não obstante, a doutrina adotada com caráter majoritário, segue o modelo sistematizado adotado por Alexandre de Moraes⁴. Nessa classificação, os efeitos se dividem em duas teorias clássicas: a teoria não concretista e a teoria concretista; sendo que a segunda se subdivide em teoria concretista geral e teoria concretista individual.

A teoria não concretista foi a primeira a ser adotada pela Suprema Corte e prevê que o Poder Judiciário deverá analisar o caso concreto e, ao declarar a inconstitucionalidade por omissão, dar ciência à autoridade competente para que adote as medidas necessárias sobre a regulamentação legislativa. Com a adoção dessa teoria, os efeitos emanados pelo mandado de injunção se equiparavam aos que são próprios da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, e limita a esfera do juiz à simples comunicação da irregularidade ao órgão, através de uma decisão judicial com efeitos meramente declaratórios⁵.

Os defensores desse posicionamento não concretista entendem que o Judiciário não possui legitimidade para implementar a norma constitucional, devendo se limitar às prerrogativas da ação de inconstitucionalidade por omissão, sob pena de invadir os limites estabelecidos pelo princípio da Separação dos Poderes e confrontar os demais fundamentos democráticos do Estado de Direito.

Neste sentido, o mandado de injunção não se destinaria a criar uma norma complementar, uma vez que o Poder Judiciário não possuiria a legitimidade necessária para substituir o órgão responsável a cumprir suas funções legislativas. Essa tese foi adotada a partir do MI 107, que estreou os estudos sobre as definições e efeitos inerentes à ação⁶. Nesse momento, houve uma mitigação dos efeitos a serem conferidos ao mandado de injunção, reduzindo-o a um caráter meramente declaratório, onde a Suprema Corte começou a equiparar os efeitos do mandado de injunção aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sendo ambos exclusivamente legitimados a notificar a autoridade competente acerca da sua inércia legislativa.

⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 171.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 315. O autor, ao defender a não-intervenção judicial, declara: "O alcance do mandado de injunção é análogo ao da inconstitucionalidade por omissão. Sua concessão leva o Judiciário a dar ciência ao Poder competente da falta de norma sem a qual é inviável o exercício de direito fundamental. Não importa no estabelecimento pelo próprio órgão jurisdicional da norma regulamentadora necessária à viabilização do direito. Aliás, tal alcance está fora da sistemática constitucional brasileira, que consagra a "separação dos poderes", não apenas pela referência contida no art. 2º, incluída entre os "princípios fundamentais" da República, mas também por ter sido ela incluída no cerne imutável da Constituição. [...] Concluímos, pois, que não se pode dar ao mandado de injunção um alcance que não tem a inconstitucionalidade por omissão."

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 107/DF de 1990... Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752372/mandado-de-injuncao-mi-107-df-stf>, acesso em 06 de setembro de 2014. O Ministro Moreira Alves relatou que: "o mandado de injunção visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade da omissão estatal, caso esteja caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ele dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que se adotem as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade."

Além da notificação prevista, essa teoria também considera a possibilidade de sobrestamento dos processos relacionados, que dependam de regulamentação para se tornarem eficazes e que possam prejudicar a parte impetrante da ação. Tal postura do Judiciário acabou por obstaculizar a eficácia do remédio constitucional, e inviabilizar suas vias de concretização dos direitos fundamentais.

As muitas críticas que pairam sobre esse posicionamento se baseiam em dois argumentos principais: primeiramente, na incongruência de que a Constituição tenha previsto duas ações distintas para conseguir os mesmos resultados práticos; e ainda, na inefetividade prática para o cidadão prejudicado, da simples declaração de morosidade à autoridade competente, que não é suficiente para solucionar o problema interposto no caso concreto.

Na tentativa de aprimorar essas decisões, houve uma segunda fase dessa teoria não concretista, onde o STF começou a estabelecer prazos para a fixação da lei omissa, sob pena de o impetrante receber uma compensação pela inércia em sentença condenatória movida através de ação de reparação na justiça competente. Tal entendimento foi usado pela primeira vez no MI 283, onde foi estipulado um prazo de 45 dias para o Poder Legislativo, e mais 15 dias para a devida sanção presidencial, sob pena de se arbitrarem perdas e danos ao prejudicado através da via processual adequada. Já no MI 284, que versava sobre a mesma matéria, e devido à permanente inércia legislativa, a Suprema Corte admitiu, de pronto, a possibilidade de reparação econômica pelo impetrante prejudicado pela ausência da norma.

Essas decisões começaram a demonstrar uma evolução natural do STF em responder aos anseios da sociedade, através de um remédio constitucional defensor dos direitos fundamentais, e cujo conteúdo não pode ser esvaziado por uma má interpretação dos seus efeitos. Conforme Gilmar Mendes, a jurisprudência do STF atribuía os mesmos efeitos a ambos os processos de controle de omissão inconstitucional, motivo pelo qual as decisões proferidas em sede de mandado de injunção possuíam eficácia *erga omnes*⁷. No entanto, diferentemente dos efeitos conferidos à ADI por omissão, que possuíam um caráter político de repressão à omissão pública, os efeitos atribuídos ao instituto no controle difuso eram inócuos e ineficazes, tendo em vista que não prestavam a tutela jurisdicional requerida pelos cidadãos.

A partir de 2006, o Supremo Tribunal Federal começou a rever o seu entendimento, com vistas a dar maior efetividade ao mandado de injunção, e assumiu de vez a posição concretista com a decisão do MI 721-7, no qual o Ministro Marco Aurélio defendeu uma maior atuação judicial⁸. Esse voto foi o

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *As decisões no controle de constitucionalidade de normas e seus efeitos*. Lisboa: Coimbra Editora, 2006. p. 214.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 721-7/DF de 1991...* O Ministro defende uma maior atuação judicial e dispõe que: "É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e a harmonia entre os Poderes. (...) Impetra-se mandado de injunção não para lograr-se de certidão de omissão do Poder

precursor na mudança de entendimento que norteou o STF, e desde 25.10.2007 a Corte vem adotando a teoria concretista. Assim, ao verificarem-se os requisitos necessários ao atendimento do mandado de injunção, a decisão judicial passou a aplicar os preceitos aditivos capazes de preencher a lacuna normativa e concretizar o direito tutelado pelo impetrante da ação.

De acordo com Flávia Piovesan, essa é a teoria mais acertada, uma vez que o objetivo precípuo desse remédio constitucional é a concretização do direito subjetivo do cidadão, e não a defesa do ordenamento jurídico de maneira geral, o qual poderá ser regularizado através do controle concentrado de constitucionalidade, com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁹.

Essa evolução interpretativa ocorreu a partir do julgamento das ações que versavam sobre o direito de greve dos servidores públicos, com ênfase nos *leading cases* 670, 708 e 712, cuja regulamentação definiu os limites de atuação e ultrapassou os interesses em causa. Foi adotada a teoria concretista geral, onde a Suprema Corte estabeleceu que as decisões judiciais que versaram sobre o caso em tela iriam ser parâmetro para todos os casos análogos, atribuindo efeito *erga omnes* ao julgamento dos casos futuros que versassem sobre o mesmo tema¹⁰.

Neste sentido, o STF defende uma normatividade geral, que ultrapassa as fronteiras do autor da ação e alcança qualquer interessado que esteja em situação equivalente. Defensores da teoria concretista geral defendem os princípios da isonomia e da celeridade como fundamentos de uma decisão com efeitos *erga omnes*, e afirmam que não há conflito com o Princípio da Separação dos Poderes, tendo em vista o caráter subsidiário e transitório da decisão judicial, que deve estar fulcrada nos ditames constitucionais¹¹.

Para alguns doutrinadores, como Elival da Silva Ramos, a decisão com efeito *erga omnes* atribui à Suprema Corte demasiado poder sobre o ordenamento jurídico¹², e Levi Amaral Júnior chega a afirmar que tais decisões

incumbido de regulamentar o direito, mas na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador."

⁹ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 157. Segundo a autora: "Em face de um direito subjetivo constitucional, cujo exercício se ache tolhido pela ausência de norma regulamentadora, caberá ao titular deste direito, pela via do mandado de injunção, postular ao Poder Judiciário a edição de decisão saneadora da omissão, para que se concretize o exercício do direito subjetivo constitucional."

¹⁰ Em sede do MI 721-7, o Ministro Eros Grau entende que a criação de texto normativo pelo Judiciário visa beneficiar todos os casos análogos: "A atividade normativa é dotada pelo princípio da isonomia, que exclui a possibilidade de se criarem tantas normas regulamentadoras diferentes quantos sejam os casos concretos."

¹¹ SOUZA, Luciana Moessa de. *Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais*. São Paulo: RT, 2004. p. 117. A autora defende a seguinte teoria e declara: "A concepção defendida pela terceira corrente para o mandado de injunção [...] não viola de forma alguma nenhum dos três aspectos apontados pela doutrina como essenciais à independência entre os poderes. Ademais, é preciso sublinhar que não há que falar em legislação propriamente dita ao proceder o Judiciário à regulamentação provisória de direitos constitucionais, eis que a fonte deles é a própria Constituição."

¹² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 303.

são similares às medidas provisórias, só que adaptadas ao Poder Judiciário¹³. Apesar de tratar de uma tentativa do Tribunal de conferir celeridade e economia processual ao *mandamus*, evitando o desnecessário julgamento de questões repetitivas, essa função acaba por seguir a linha da propalada abstratização dos processos do controle difuso e ultrapassa o objetivo precípuo do instituto, que é a viabilização do direito para o caso concreto.

Por outro lado, a teoria concretista individual assegura ao Judiciário a possibilidade de criar a norma que regulamenta a omissão legislativa, mas condiciona os efeitos emanados da decisão apenas às partes integrantes do processo analisado. O exercício do direito conferido se viabiliza de maneira estrita e específica aos integrantes do caso, através do efeito *inter partes*¹⁴.

Esta teoria está subdividida em teoria concretista individual direta e teoria concretista individual intermediária. A primeira defende que, julgado o caso, o Judiciário poderá implementar o texto constitucional de maneira imediata, fixando as condições regulamentadoras que preencham a omissão, e sendo consequência automática do provimento do pedido. Já para a segunda teoria, após julgado o mandado de injunção, é necessário que o Tribunal declare a decisão à autoridade competente, fixe um prazo para que seja sanada a omissão e, somente em caso de permanecer a inércia legislativa após o decurso do prazo, é que o Judiciário estaria legitimado a efetivar sua decisão através de preceitos a serem estabelecidos com o intuito de integrar a norma.

A teoria concretista individual direta trata de uma evolução dentro da estrutura do mandado de injunção, com vistas a agilizar a tutela do interesse das partes, que é o foco principal a ser resolvido pela lide. No MI 721-7, o entendimento da Suprema Corte confirmou esse entendimento e atribuiu a decisão de maneira direta, conforme o brilhante discurso do Ministro Marco Aurélio¹⁵. Para os defensores dessa corrente, não bastava ao Judiciário remover a omissão que impedia o exercício do direito através da regulamentação supletiva, sendo imprescindível a satisfação pelo órgão julgador do direito subjetivo das partes no caso concreto.

Para otimizar os efeitos da decisão judicial segundo essa teoria, Rodrigo Mazzei afirma que deverá haver adequação do pólo passivo, de modo que seja incluída como litisconsorte a pessoa responsável pela efetivação do mandado, caso seja pessoa diversa da autoridade pública competente¹⁶.

¹³ AMARAL JÚNIOR, José Levi M. *Processo Constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 104.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*... p. 187.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 721-7/DF de 1991*... Ainda com relação ao voto do relator: "Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. O que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização no caso concreto, do exercício do direito. O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como em qualquer processo subjetivo."

¹⁶ MAZZEI, Rodrigo Reis. *Mandado de injunção*. In: *Ações Constitucionais*. 3 ed. Salvador: Editora JusPodium, 2008. p. 240.p. 256.

Vale ressaltar que o projeto de lei 6.128/2009, que propõe a regulamentação do procedimento do mandado de injunção, estabelece em seu artigo 9º, que: “A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.” No entanto, admite a hipótese de ampliação desses efeitos no §1º: “Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração.”

Assim, com fulcro na Questão de Ordem no julgamento do MI 795¹⁷ e no projeto de lei que prevê o assunto, não se pode admitir uma eficácia *erga omnes* ao mandado de injunção, tendo em vista que o próprio Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de decisão monocrática pelo relator, para que conceda aos casos idênticos a mesma decisão proferida em Plenário para caso específico, homogeneizando as decisões para questões repetitivas. O objetivo precípua do mandado de injunção trata, portanto, de analisar processos subjetivos e específicos, e os efeitos emanados pela sua decisão abrangem unicamente a relação jurídica nele estabelecida¹⁸.

Os discursos inerentes à atividade judicial devem respeitar a reserva de lei e se limitar à adequação normativa, analisando não a validade da norma, mas a sua melhor adaptação ao caso em tela. Difere da atividade legislativa, que se vincula aos discursos de justificação de suas escolhas para a interpretação normativa de maneira geral, sem se preocupar em conhecer as particularidades de cada caso que virá a ser julgado de acordo com essa norma. Ao Poder Judiciário, portanto, cabe fazer essa adequação da norma ao caso concreto, sem realizar discursos de justificação que poderiam trazer decisões discricionárias e eventual perda de sua legitimidade¹⁹.

3. O mandado de injunção e o princípio da separação dos poderes

No que diz respeito aos efeitos do mandado de injunção dentro do contexto da Separação de Poderes, se torna necessária a delimitação das fronteiras de atuação do Poder Judiciário, para que se possa garantir a

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 795/DF de 2009*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14714269/mandado-de-injuncao-mi-795-df-stf>, acesso em 08 de setembro de 2014.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 551. Ao defender a posição concretista individual, o autor afirma: “Havendo, por conseguinte, um direito subjetivo constitucional, cujo exercício se ache tolhido pela privação de norma regulamentadora, o titular desse direito postulará, perante o Judiciário, por via do mandado de injunção, a edição de norma aplicável à espécie concreta. Nesse caso a edição de norma saneadora da omissão é provisoriamente do Judiciário e não do Legislador, concretizando-se graças àquela garantia, a satisfação do direito subjetivo constitucional cujo exercício ficara paralisado, à míngua da regra regulamentadora por parte do órgão competente para elaborá-la.”

¹⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. *As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção: um ângulo de visão português*. In: Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, 2011/2012. p. 11. Corroborando o entendimento, Blanco Morais prevê: “Em suma, a diversidade de vias interpretativas que o preceito admite, o elevado grau de novidade e de liberdade na escolha de uma dessas vias, e o fato de algumas das soluções poderem bulir com um princípio de separação dos poderes garantido por cláusula pétreia permite que se sustente que a matéria em causa integra reserva de lei.”

legitimidade das suas decisões. Para entender os limites e as competências que justificam o ativismo judicial é necessário compreender o conceito atualizado das funções de cada poder dentro da dinâmica do referido princípio.

Ocorre que, ao criar sua teoria tripartite da repartição dos Poderes, Montesquieu prevê um poder judicial autônomo e aliado aos demais poderes de maneira recíproca, com fins de equilíbrio e fiscalização. Assim, acrescentou a função judicial à separação já existente entre Legislativo e Executivo, e defendeu uma independência e divisão funcional, ao afirmar que o poder que não encontra limites tende a se corromper²⁰.

A maior inovação de sua teoria é que, diferentemente de outros pensadores que já haviam defendido a divisão do poder estatal, Montesquieu propõe a criação de instituições diferentes e específicas, destinadas a se especializarem em cada uma das atividades do Estado. Segundo esta divisão, cabe precipuamente ao Legislativo criar as leis, ao Executivo a função de realizá-las, e ao Judiciário o dever de julgar os casos concretos de acordo com essas normas jurídicas²¹. Além dessa divisão de tarefas, o filósofo francês também previu uma limitação recíproca entre esses poderes distintos, possibilitando a cada poder a capacidade de impedir abusos praticados pelo outro, em um sistema conhecido como freios e contrapesos²².

No Capítulo VI do livro XI de Montesquieu, ele admite que a Separação de Poderes não é absoluta, a fim de que o titular de um poder possa ter o exercício de suas funções limitado pelos outros Poderes, através da utilização de mecanismos de controle. Denomina de "faculdade de estatuir", a possibilidade de um Poder ordenar algo por si mesmo, e "faculdade de impedir", quando um pode anular ou evitar uma ação tomada por outro. Assim, foram delineados os limites de interdependência e harmonia entre esses poderes²³.

A interpretação contemporânea da Separação dos Poderes afasta a possibilidade de que seja estabelecida competência absoluta para determinada função, ao mesmo tempo em que desautoriza intervenções irrestritas entre os poderes, capazes de suprimir o seu campo de atuação e autoridade. Essa nova concepção da teoria criada por Montesquieu só é possível devido ao modelo de Estado atual que tem o constitucionalismo como fonte do sistema organizacional. A partir do Estado Social, que fiscaliza e impõe a obediência à hierarquia constitucional, as ações dos Poderes Executivo e Legislativo passam a ser objeto de controle Judiciário, bem como as omissões do Poder Legislativo, para as quais estão previstos instrumentos processuais, como é o caso do mandado de injunção.

²⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 166. "Le pouvoir arrête le pouvoir".

²¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis...* p. 168.

²² TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo, 2003. p. 178.

²³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 320.

Assim, para delinear o controle recíproco entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e autorizar o ativismo judicial ao mesmo tempo em que evita uma invasão de competências, o conceito inicial de separação e independência entre os poderes é flexibilizado pela possibilidade de fiscalização mútua entre eles. Demonstra-se a existência de uma dinâmica complexa, onde se estabelece até onde cada um pode intervir sem extrapolar suas funções, e quais serão as sanções recíprocas para coibir casos de inércia ou abusos de poder.

Verifica-se que a legitimidade do princípio da Separação dos Poderes não pode ser usada de maneira equivocada para justificar a inércia dos órgãos públicos, de modo a frustrar o acesso aos direitos e liberdades fundamentais. Antes, deve se aliar aos fundamentos do Estado Social para possibilitar ações estatais capazes de fomentar a busca pela igualdade e pela melhor aplicação das leis.

Esse novo entendimento vem se consolidando desde a criação do Estado Constitucional de Direito, com a regulamentação do controle de constitucionalidade e da legitimação da superioridade hierárquica das normas constitucionais, a partir de quando a Constituição passou a ser o mais importante e eficiente instituto de controle do poder Estatal. Os direitos fundamentais previstos e a organização das funções políticas estabelecidas devem ser respeitados, com vistas a impedir abusos ou usurpações de poder.

Conforme Dirley da Cunha, não é razoável nem possível que os Poderes sejam harmônicos dentro de uma estrutura rígida de funções, devendo haver uma flexibilização e otimização de suas atividades na busca de um bem-estar comum. Dentro desse novo paradigma, o Judiciário assume um papel de concretização dos interesses constitucionais através da integração do ordenamento jurídico nos casos de ausência de norma regulamentadora. Essa previsão legal, aliada ao princípio da inafastabilidade do controle judicial, legitima sua função dentro de uma teoria concretista do mandado de injunção²⁴.

Assim, verificada a possibilidade de interferência do Poder Judiciário junto aos demais poderes e a legitimidade de sua atuação através da Jurisdição Constitucional, é necessário estabelecer como se dá a sua atuação junto ao controle difuso, através de ações constitucionais que visam assegurar direitos individuais.

Em sede de controle de constitucionalidade por omissão, o objetivo do mandado de injunção é ampliar a atuação do Judiciário para suprimir lacunas normativas que prejudiquem o texto constitucional, interferindo o mínimo possível nas funções típicas do poder Legislativo. Segundo a melhor análise do princípio da Separação dos Poderes, é possível ao Judiciário adotar medidas de natureza normativa para preencher omissões inconstitucionais, com fulcro na proteção essencial dos direitos fundamentais.

²⁴ BRASIL. Constituição Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil*... 1988. Art. 5º, § 1º: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

De acordo com Calmon de Passos, cumpre acrescentar que os direitos fundamentais certificados só garantem seu potencial democrático quando possuem meio processual eficaz de concretização constitucional. A norma jurídica criada para o caso concreto se equipara às demais decisões judiciais, onde o Judiciário não cumpre o papel de legislador, mas sim de aplicador do direito em causa, efetivando uma força normativa preexistente no texto constitucional²⁵.

Caso continuasse adotando a teoria não concretista, o Judiciário estaria incidindo em inércia semelhante à do Poder Legislativo, admitindo o evidente descaso que vinha ocorrendo frente ao texto constitucional e às decisões que eram proferidas em sede de mandado de injunção. Por outro lado, a teoria concretista geral defende a elaboração de normas com natureza *erga omnes*, de caráter abstrato e geral, o que implica em uma invasão na esfera legislativa. Essa função não pode ser usurpada sob pena de invalidar o caráter supletivo das decisões judiciais no controle difuso.

As previsões constitucionais e os fundamentos materiais que legitimam a atuação do Judiciário nas ações do controle concentrado e na criação de súmulas vinculantes não amparam pretensão de se impor força vinculante e efeito *erga omnes* às decisões sobre mandado de injunção. Ao equiparar suas funções à atividade legislativa da Suprema Corte, o STF estaria confrontando os Princípios da Separação dos Poderes e da reserva legal. Devido à ausência de previsão constitucional, a atividade do Judiciário no controle difuso não deve criar preceito abstrato, mas agir com base em um caso concreto, cuja tutela poderá beneficiar o autor da causa no processo subjetivo, enquanto não advier a lei regulamentadora.

A democracia está atrelada a essa efetividade, tendo em vista que os juízes estão concretizando os princípios instituídos pela própria soberania popular, ao adequarem a lacuna normativa através de meios de interpretação que satisfaçam a tutela jurisdicional. Assim, o equilíbrio e a compensação mútua entre as funções garantem a defesa dos direitos fundamentais, e só se justificam por não trazerem prejuízo para o conceito contemporâneo de democracia.

Atualmente, entende-se que a implantação do remédio constitucional pelo Judiciário não trata de usurpação de função, pois a norma a ser criada pelo Tribunal deverá se limitar a uma decisão restrita e necessária, que viabilize a solução do caso específico, utilizando-se de fontes formais do Direito, tais como, analogia, costumes e princípios, para uma intervenção supletiva na matéria. Essa possibilidade se fundamenta na própria Constituição, texto máximo do ordenamento jurídico, onde está autorizado o mandado de injunção.

²⁵ PASSOS, Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 98. O jurista afirma que: "O mandado de injunção não é remédio certificador de direito, e sim de atuação de um direito já certificado."

No que se refere à possibilidade de mandado de injunção coletivo, capaz de abranger direitos trans-individuais, deve-se diferenciar o efeito *erga omnes* de um alcance *ultra partes*, onde os sujeitos são passíveis de identificação. Assim, corroboramos o entendimento de Carlos Blanco de Moraes, que afirma a desnecessidade de se aplicar eficácia *erga omnes* nas decisões sobre mandado de injunção, pois a Constituição previu outros mecanismos que possibilitam a extensão dos efeitos da decisão, como é o caso das decisões monocráticas proferidas pelo relator em casos análogos ou mesmo a edição de súmula vinculante para os casos mais controversos²⁶.

Neste sentido, as competências do Poder Judiciário nas decisões relativas ao mandado de injunção devem se limitar ao caso concreto e ao interesse específico das partes. Essa atuação legitima a sua interferência junto aos demais poderes de acordo com a melhor interpretação do princípio da Separação dos Poderes, ao mesmo tempo em que respeita a função intrínseca do Legislativo de criação das normas de caráter geral..

4. Conclusão

As decisões proferidas pela Suprema Corte que versam sobre mandado de injunção vêm sofrendo uma evolução interpretativa quanto à utilidade desse instituto para tutelar o interesse das partes. O Supremo Tribunal Federal adota atualmente a teoria concretista, no intuito de garantir o exercício dos direitos e liberdades previstas, através de uma intervenção normativa supletiva das atividades legislativas pelo Poder Judiciário.

A aplicação da teoria concretista individual direta demonstra a melhor maneira de concretização do instituto, em consonância com os efeitos pretendidos pelo legislador constituinte, tendo em vista que garante a concretização dos direitos fundamentais de maneira *inter partes* utilizando-se de fontes formais do Direito capazes de preencher as lacunas da omissão legislativa adstritas às circunstâncias específicas do caso em análise.

Deste modo, a intervenção supletiva na matéria garante a eficácia do instituto ao tutelar o interesse das partes envolvidas no controle difuso, ao mesmo tempo em que respeita o caráter democrático que delega a criação normativa infraconstitucional ao poder Legislativo, e obedece aos princípios da reserva legal e da Separação dos Poderes. Para ampliar os efeitos da decisão judicial, em consideração aos princípios da isonomia e da celeridade processual, é legítima a possibilidade de decisões monocráticas do relator em casos semelhantes e a edição de súmula vinculante para homogeneizar o entendimento sobre a matéria.

²⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. *As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção: um ângulo de visão português...* p. 42.

A interpretação do texto constitucional que prevê a independência e harmonia entre os Poderes pode ser compreendida como a liberdade que cada poder tem de cumprir suas determinadas funções sem interferência externa, mas deve ser relativizada pela necessidade de cooperação e integração entre eles, com vistas a cumprir o seu principal objetivo, que é a concretização dos fins previstos pelo Estado.

Ao Judiciário cabe precipuamente o dever de aplicar as leis às celeumas do caso concreto e fiscalizar a criação e aplicação das normas infraconstitucionais de acordo com os preceitos estabelecidos na Constituição, com vistas a preservar sua supremacia. Os efeitos normativos de suas decisões junto ao mandado de injunção só se justificam no intuito de defender a efetivação dos direitos fundamentais.

Assim, o Judiciário toma o espaço do Legislativo em sentido inversamente proporcional, à medida que este não pode ou não consegue atuar. A judicialização da política vem ocorrendo por omissão, descaso ou ineficiência dos órgãos responsáveis, motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal vem ampliando suas funções, ao exercer o papel representativo na defesa dos direitos fundamentais, e ao concretizar as demandas reivindicadas pelas minorias prejudicadas pela realidade política atual. Ainda, legitima o papel democrático contra-majoritário, ao impor limites aos interesses da maioria através da concretização dos interesses constitucionais.

Portanto, não basta ao Poder Judiciário ser obediente às formalidades processuais e aos princípios democráticos sob uma visão estrita, sendo necessário que atue em busca de uma justiça contextualizada, célere e efetiva. O mandado de injunção deverá contribuir como uma intervenção processual concretizadora dos direitos fundamentais, contribuindo para o equilíbrio essencial entre o constitucionalismo e a democracia, e evitando que a inércia do poder público possa deteriorar a autoridade e a supremacia constitucional.

Referências Bibliográficas

AMARAL JÚNIOR, José Levi M. Processo Constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2 ed. Coimbra: Editora Almedina, 2001.

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

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Editora Saraiva, 1933.

BARROSO, Luís Roberto. *A doutrina brasileira da efetividade*. In: Constituição e democracia, Estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. *Constituição Federal*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

_____. Lei nº 8.038 de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

_____. Lei 12.063, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm, acesso em 20 de agosto de 2014.

_____. Projeto de lei nº 6.128, de 30 de setembro de 2009. Disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=453192>, acesso em 30 de agosto de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1458/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14817508/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1458-df-stf>, acesso em 15 de agosto de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 565.089. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE565089.pdf>, acesso em 17 de julho de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 107/DF de 1990. Relator: Ministro Fontes de Alencar. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/530957/mandado-de-injuncao-mi-107-df-1996-0048986-6-stj>, acesso em 03 de setembro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 283/DF de 1991. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/530957/mandado-de-injuncao-mi-107-df-1996-0048986-6-stj>, acesso em 03 de setembro de 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

_____, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podium Edições, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997.

GARCIA, Emerson. *Princípio da Separação dos Poderes: Os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais*. Lisboa: Coimbra Editora, 2005.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. In: *Revista de Informação Legislativa*, nº 101. 1989.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de injunção. In: *Ações Constitucionais*. 3 ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no processo de Controle abstrato da omissão*. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/view/49/26>, acesso em 03 de agosto de 2014.

_____, Gilmar Ferreira. *As decisões no controle de constitucionalidade de normas e seus efeitos*. Lisboa: Coimbra Editora, 2006.

_____, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Gilmar Ferreira. *O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa*. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/363/246>, acesso em 23 de agosto de 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Carlos Blanco de. (coord.) *As sentenças intermédias da justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009.

_____, Carlos Blanco de. As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção: um ângulo de visão português. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, 2011/2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. *Direitos fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional: contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Lisboa: Coimbra Editora, 1995.

QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Lara Cíntia de Oliveira. *A eficácia do mandado de injunção na atual Constituição Federal e o pensamento jurisprudencial sobre o assunto*. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7161, acesso em 26 de agosto de 2014.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Editora RT, 1982.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

_____. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo, 2003.

*Versão final do artigo recebida em 22 de abril de 2015.
Artigo aprovado para publicação em 11 de maio de 2015.*

DOI: 10.11117/1982-4564.08.06