

A natureza da decisão concedida em sede de Mandado de Injunção: aporte por uma teoria processual-constitucional

*The nature of the decision in the writ of injunction:
by a nature constitutional-procedural*

Rafael de Lazari¹

RESUMO

Discutir a natureza da decisão concedida em sede de mandado de injunção é maneira prática de debater o direito constitucional sob ótica processual, seguindo tentame vanguardista de assegurar a efetividade da ciência magna correlacionando-a a institutos instrumentalmente desenvolvidos do processo. Neste diapasão, tomando por base remédio constitucional integrante do sistema constitucional de garantias, e partindo da classificação cognitivo-quinária de Pontes Miranda, o trabalho que segue se debruçará, especialmente, sobre a natureza constitutiva “*inter partes*” ou “*erga omnes*” da decisão prolatada no “*writ*” em epígrafe, após discutir sobre suas supostas essências meramente declaratória, condenatória ou mandamental/executiva “*latu sensu*”. Ao final, se adotará posicionamento pela natureza a mais abrangente possível do pronunciamento decisório do “*mandamus*”.

Palavras-chave: *Mandado de injunção. Direito constitucional-processual. Teoria cognitiva. Instrumentalidade processual.*

1 Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre em Teoria do Estado pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP - UNIVEM. Professor convidado de Pós-Graduação, da Escola Superior de Advocacia, e de Cursos preparatórios para concursos e exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas. Membro da Comissão Estadual de Liberdade Religiosa da OAB/SP. Palestrante no Brasil e no exterior. Advogado e consultor jurídico. E-mail: prof.rafaeldelazari@hotmail.com

ABSTRACT

Discuss the nature of the decision of writ of injunction is a practical way of studying the constitutional law under procedural perspective, ensuring the effectiveness of science by its correlation with institutes instrumentally developed of the process. In this vein, building on the constitutional remedy and the cognitive classification of Pontes de Miranda, this study will look with especially attention for the constitutive nature “*inter partes*” or “*erga omnes*” of the decision in the “*writ*” in study, after discuss his essences merely of declaration, of condemnation, or commandment/execution “*latu sensu*”. Finally, will be adopted the position the more comprehensive nature of decision of “*mandamus*”.

Key-words: *Writ of injunction. Constitutional and procedural law. Cognitive theory. Procedural instrumentality.*

LINHAS INTRODUTÓRIAS: O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO INTEGRANTE DE UM SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIAS

No dia cinco de outubro de 1988, após cinco lustros de experiência ditatorial e de uma “*não Constituição*” (EC nº 01/69) que - incrivelmente - a institucionalizava, o país voltava a viver, enfim, seus dias democráticos.

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

Décadas mais tarde, recheada de emendas (atualmente elas já passam de setenta), a Constituição Federal brasileira contempla dispositivos que sequer entraram em funcionamento, não pela ineficácia ou inaplicabilidade da norma, mas pela inoperacionalidade legislativa que não lhes forneceu as *peças necessárias* capazes de movimentar a engrenagem oculta por trás deles.

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

A ausência de funcionamento automático não significa dizer, contudo, que não possam tais normas ser movimentadas “manualmente”. Prevendo ou não as incertezas do amanhã, o constituinte delas se precaveu fazendo constar dentro do próprio texto constitucional dois mecanismos comu-

mente chamados “remédios” - ambos integrantes do sistema constitucional de garantias -, quais sejam, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e o mandado de injunção (MI). É sobre este último instituto que hão de florescer as ideias deste estudo.

Interessante notar que, nada obstante as origens iugoslava/portuguesa da ADO, possui o MI ventre pátrio², fator ensimesmado denotador do temor constituinte de que a excessiva quantidade de normas constitucionais de eficácia e aplicabilidade limitada previstas na Lei Maior pudesse representar um empecilho ao pleno funcionamento desta. Mas, tal qual a máxima de que “*casa de ferreiro, espeto de pau*”, não possui o art. 5º, LXXI, CF, que disciplina a injunção, regulamentação *infraconstitucional* até hoje, sendo o caso, portanto, de aplicação analógica - no que couber - da lei do mandado de segurança, inclusive no que pertine ao mandado de injunção coletivo³.

A ausência de lei regulamentadora do mandado de injunção, de todo modo, não exclui a adesão do “*writ*” como instituto integrante de um sistema constitucional de garantias, nem retira sua condição de norma em plena operacionalidade. Do contrário, isto é, caso não se creia na plenitude da norma que institui o “*mandamus*”, se está a admitir a hipótese de que um mandado de injunção regulamente ou busque regulamentar a *norma*

2 É o entendimento ao qual convém perfilhamento. Na dialética acerca do surgimento do mandado de injunção, contudo, Diomar Ackel Filho (*Writs constitucionais: “habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”*). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 113) afirma que: “A injunção assenta suas raízes no direito americano, com origem embrionária mais remota na célebre *Bill of Rights*. Dela cuida a *Federal Rule 65* e o Regimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, nos itens 1 a 3 do art. 31. É meio impeditivo da execução de ato ou de lei, caracterizando-se por seu efeito mandamental proibitório. Pode ser oposta contra ato de autoridade ou de particular, não se detendo sequer ante a coisa julgada, que pode atacar para obstar seus efeitos, quando as decisões padecerem de vícios essenciais. Fundamento do *writ of injunction* no direito americano é a chamada jurisdição de equidade. [...] A jurisdição de equidade americana atua sempre que a norma se afigura incompleta ou insuficiente para solucionar, com justiça, determinado caso. E, também, quando a questão envolve julgamento com base em princípios de justiça e consciência, reclamando a busca de um remédio de equidade”. Já Dirceô Torrecillas Ramos (Remédios constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, ação popular/ação civil pública, mandado de injunção, habeas data - petição e certidão, inconstitucionalidade por omissão. 2. ed. São Paulo: WVC, 1998, p. 40-41) enxerga o surgimento deste Instituto no direito anglo-saxão, senão vejamos: “[...] ele surge na Inglaterra entre os séculos XIII e XIV. Fixam-se na *Common law*, e no século XV passa a ser *lex scripta*. Perde sua maleabilidade, não pode mais adaptar-se diante de circunstâncias novas a exigir aplicação de princípios jurídicos diversos. Foi substituído por um processo paralelo que se limitou às matérias de graça cujo objeto era a violação individual do direito, o “*processo da Corte de Chancelaria*”, a partir do princípio do século XV. No século XVI, os chanceleres, homens da Igreja, foram substituído pelos chanceleres, homens do Estado, que formam uma classe de especialistas do direito e graça; o processo foi, por este motivo, suplantado pela consciência, como fundamento da jurisdição de equidade. Com nova evolução esse processo foi adotado pela jurisprudência federal norte-americana, no caso *Osborne vs. Bank of the United States*, no qual a Corte Suprema sancionou uma injunção da Corte Federal, vedando a um funcionário do Estado que executasse uma lei fiscal inconstitucional. Com o advento da “ação declaratória”, incrementada sua aplicação a partir de 1918, houve uma superação da injunção, da mesma forma como esta superara os meios históricos da *Common law*. Hoje permanece como um processo de equidade, que consiste em solicitar ao tribunal a expedição de uma ordem (*injunction*), que proíba aos funcionários ou representantes do Executivo, encarregados de velar pela aplicação das leis, que as executem ou ameacem executá-las”.

3 Neste sentido, o parágrafo único, do art. 24, da Lei nº 8.038/90, disciplina que no mandado de injunção e no *habeas data*, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica.

constitucional pertinente ao mandado de injunção, o que é inconcebível, para não dizer teratológico.

Ademais, o septuagésimo primeiro inciso, do art. 5º, da Lei Fundamental, é explícito ao assegurar o remédio à hipótese de inviabilidade dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A amplitude do instrumento o habilita ao resguardo de toda gama de direitos constitucionalmente assegurados, muito embora não vivenciados. É dizer: ainda que o legislador e/ou o administrador seja(m) falho(s) em seu intento de atribuir força normativa à Constituição (e aqui se está trabalhando a ideia de “Constituição viva”, cotidiana), não poderá sê-lo o Poder Judiciário, que, também constitucionalmente, não pode se eximir de apreciar a lesão ou a ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF)⁴.

Questão que desperta especial interesse, contudo, é quanto à natureza da decisão concedida em sede de mandado de injunção. Para isso, se reservou o capítulo seguinte, no qual discutir-se-á o tema nevrálgico deste ensaio.

I APORTE POR UMA TEORIA PROCESSUAL: QUATRO POSSÍVEIS EFEITOS ACERCA DA DECISÃO PROLATADA EM SEDE DE MANDADO DE INJUNÇÃO

É parca a doutrina que trabalha a natureza da injunção concedida judicialmente sob ótica *processual* (mesmo entre os processualistas), enfoque este que, conforme será a seguir defendido, pode ser uma maneira de facilitar, sistematizar, e, conseqüentemente, viabilizar a eficácia do instituto.

Modo mais usual de trabalhar o tema, neste diapasão, é o *constitucional*, sobre o qual paira certo *consenso*. Ilustrando, convêm as palavras Uadi Lammêgo Bulos:

Reunindo as diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais que se debruçaram sobre o polêmico tema, chegamos às seguintes teses: tese não concretista – a sentença do Supremo apenas reconhece, formalmente, a existência da mora legislativa. E a única coisa que a Corte pode fazer é exortar o Congresso Nacional a legislar; tese concretista

⁴ Em mesmo sentido, André Ramos Tavares (Curso de direito constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 698): “As normas constitucionais que podem ser invocadas como causa do cabimento do mandado de injunção devem reunir dois predicados básicos: i) disporem sobre direitos, liberdades ou prerrogativas; ii) terem eficácia material não plena, ou seja, serem dependentes de detalhamento de seu conteúdo para fins de incidência, o que no caso deveria ser feito, ante a recusa parlamentar ou administrativa, pelo Poder Judiciário”.

individual direta – logo que o Supremo julga procedente o mandado de injunção, ele implementa a eficácia da norma constitucional. E, após o preenchimento do vazio normativo, não há solução de continuidade, porque a decisão da Corte apenas produz efeitos entre as partes; tese concretista individual intermediária – julgado procedente o mandado de injunção, o Poder Judiciário estabelece prazo para o Congresso Nacional elaborar a norma regulamentadora. Se, após o término desse prazo, o Legislativo não tomar nenhuma providência, permanecendo a inércia constitucional, o impetrante do writ passa a ter assegurado o seu direito; e tese concretista geral – a sentença, proferida na injunção, é erga omnes, tem eficácia ampla, abrangendo a todos, pois o Judiciário implementa o exercício do direito, mediante uma deliberação irrestrita, que vigorará até o dia em que o Poder Legislativo sanar o estado de inércia constitucional. Aqui o Supremo Tribunal Federal pode legislar no caso concreto, ou seja, pode proferir sentença substituindo aquilo que deveria constar na lei”⁵ (grifo do autor).

Tal posicionamento certamente tem utilidade para classificar a natureza da decisão que concede a injunção. *Como um fim em si mesmo*, a teoria é perfeita, e não há como negar isso: a decisão “X” entra na classificação “X”, e a decisão “Y” entra na classificação “Y”.

Pesa contra tal teoria de *níveis* e *graus* de concretização constitucional, contudo, o defeito de que somente serve para casos envolvendo mandados de injunção. Jamais desconsiderando, obviamente, a importância do tema, o fato é que a teoria processual já fornece desde há muito subsídios para a definição de uma natureza jurídica, sendo típico caso no qual *uma equação geral deve prevalecer sobre a equação especial, por surtir melhores efeitos de conteúdo prático*.

“Trocando em miúdos”, se está a dizer que a *tese não concretista, p. ex.*, certamente tem validade impar para classificar as hipóteses em que o Judiciário (aqui trabalhado na figura do Supremo Tribunal Federal) meramente científica a mora, *mas não tem validade nenhuma para entender o que fazer caso o Legislativo/Executivo simplesmente finja não ver/escutar a comunicação da mora*.

O que se deve observar, nesta esteira, é a cristalina natureza preeminente *cognitiva* da injunção concedida, partindo da tradicionalíssima clas-

5 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 654-655. Em mesmo sentido: DAVID ARAUJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 204-207.; CUNHA JR., Dirley da. Curso de direito constitucional. 6. ed. Salvador: JusPODIUM, 2012, p. 864-871.

sificação entre ações de conhecimento, ações de execução, ações cautelares e ações sincréticas⁶.

Com efeito, a essência primeira de *certificação* do pronunciamento decisório é observável considerando que a *primeira* prestação jurisdicional almejada quando se postula norma não *infraconstitucionalizada* perante o Poder Judiciário via mandado de injunção é o próprio *perfilhamento do direito à norma constitucional que carecerá de regulamentação* (caso contrário se lançaria mão de ação ordinária comum). Somente em um *segundo* momento é que se vai pedir o *comando executório da situação jurídica derivada da norma a ser reconhecida*. Em outras palavras, a amoldagem da norma não regulamentada se *reconhece*, o direito dela derivado se *constitui*. Toda constituição pressupõe um reconhecimento prévio, jamais o inverso. Afinal, não custa lembrar que se está tratando da aplicação de norma constitucional originariamente não-autoaplicável, e que, portanto, antes de tudo, deve ter seu mecanismo de aplicação ativado, ainda que “manualmente”, pelo Poder Judiciário (esta é sua causa de pedir, veja-se).

E, dentro deste parâmetro processual-cognitivo, bem como observando várias decisões prolatadas pelo STF (base de dados aqui adotada) em sede de mandado de injunção, possível é a subdivisão *pentapartite* ou *quinária* de Pontes de Miranda⁷, com as devidas adaptações à contemporaneidade do processo civil obviamente⁸, que dará ensejo à divergência sobre ser essa cognição declarativa, executiva, constitutiva etc.

Interessante notar que Regina Quaresma parte do mesmo referencial cognitivo, embora limite a natureza das decisões apenas às essências declaratória e condenatória:

Aqui está o ponto fulcral do MI e sua efetividade, a decisão seria: 1. Meramente declaratória: situação em que o órgão julgador simplesmente comunica ao órgão omissor que está em mora e deve, em prazo estipulado, supri-la - equipara-se o MI à inconstitucionalidade por

6 “A complexa diversidade de espécies de processos é responsável, como facilmente se compreende, pelo estado de desagregação metodológica no estudo de cada um, contra o qual se volta a teoria geral do processo. Sem esta, prevalecia a natural tendência a observar cada ramo processual em particular, como se fosse conceitual e metodologicamente isolado dos demais” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 73).

7 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, t. I. Campinas: Bookseller, 1998.

8 Bem lembra Fredie Didier Jr. (*Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 14. ed. Salvador: JusPODIUM, 2012, p. 229), neste diapasão, que a classificação das ações de acordo com sua função jurisdicional “[...] tem perdido o prestígio, porquanto as demandas têm assumido natureza sincrética: vai-se a juízo em busca de uma providência jurisdicional que implemente mais de uma função, satisfazendo/assegurando, certificando/efetivando, certificando/assegurando/efetivando etc. Não deixa de ter a importância a distinção entre as funções, que são diversas; perde-se a importância de distinguir as demandas conforme essas funções”.

omissão [...] 2. Condenatória inter partes: pode o STF outorgar direta e concretamente o direito reclamado, sem editar norma regulamentadora para todos (*erga omnes*), mas exclusivamente ao caso concreto [...]. 3 Condenatória *erga omnes*: Caberia ao Supremo “criar” norma com eficácia para todas as situações análogas, suprimindo a lacuna do Poder omissivo colocado em mora [...]”⁹ (grifo do autor).

Em suma, pois, é possível visualizar *quatro possíveis efeitos* pertinentes à decisão cognitiva concedida em sede de mandado de injunção: o *primeiro efeito*, limitado, confere ao Judiciário o papel de apenas cientificar o omissivo em prol da edição normativa necessária, dando à injunção concedida natureza meramente *declaratória*; o *segundo*, subdividindo-se, confere caráter *condenatório*¹⁰ ou *mandamental/executivo “latu sensu”*¹¹ a tal ciência, nos moldes de uma “obrigação de fazer” referida no art. 461 ou de uma execução contra a Fazenda Pública referida nos arts. 730 e seguintes, todos do Código de Processo Civil, ensejando a necessidade de execução de sentença, própria no caso condenatório, ou imprópria no caso mandamental; o *terceiro* acena pelo caráter *constitutivo* da injunção concedida via pronunciamento judicial, tomando de um caso específico a inspiração necessária para a edição da norma específica *aos litigantes*; e, por fim, pelo *quarto efeito*, derivado do terceiro, entende-se, sim, ser *constitutiva* a natureza da injunção concedida, mas essa criação normativa seria *geral e abstrata* (seria o exercício atípico da atividade legislativa plena do Judiciário).

Explenados os aludidos posicionamentos, há se conferir análise particular a cada um destes.

9 QUARESMA, Regina. Artigo 5º, inciso LXXI In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 281-282.

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

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

1.1 SOBRE A INCONSISTÊNCIA DOS EFEITOS DECLARATÓRIO, CONDENATÓRIO, MANDAMENTAL E EXECUTIVO “*LATU SENSU*”

Em primeiro lugar, deve ser ressaltada a inconsistência do primeiro efeito, declaratório, haja vista a demonstração de ser a mera “ciência de mora”, consagrada no MI nº 107/1990 - STF, improfícua para atender aos anseios daquele que necessita da regulamentação *infra*constitucional. Pensar assim torna a finalidade do mandado de injunção similar àquela conferida à ADO, e desnecessário é, portanto, falar de dois instrumentos previstos constitucionalmente para a mesma finalidade. Ademais, noutro argumento (que a teoria não concretista não explica), tal efeito se mostra incompatível com o objetivo do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, vez que, uma vez chamado a prestar atividade jurisdicional, o Judiciário o faz e materializa-a por decisão derradeira, “cientificando” a mora. E depois disso, o que fazer? Nada. É essa a resposta¹². Não há mais nada a fazer a não ser “esperar” pela norma¹³. Por isso o entendimento de ferimento a tal preceito fundamental, vez que não basta apreciar a matéria, é preciso que com ela se possibilite o direito, caso que não acontece aqui, mesmo que não seja o Judiciário diretamente responsável por isso.

Igualmente, não parece opinião mais acertada a natureza mandamental/executiva “*latu sensu*” ou condenatória da injunção concedida. Até porque, em caso de não cumprimento à determinação jurisdicional, pensar dessa maneira levaria a que tipo de ato subsequente garantidor?¹⁴ Seria viável pen-

12 Em mesmo sentido, são cabíveis as palavras de Francisco Antonio de Oliveira (Mandado de injunção: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas. São Paulo: RT, 1993, p. 49): “Se o Congresso Nacional não editar a lei, o que poderá fazer o impetrante? Ingressar com um novo Mandado de Injunção para fazer cumprir o anterior?”.

13 Sem referir-se especificamente ao mencionado axioma da “inafastabilidade”, mas aduzindo à sua essência, afirmou Volney Zamenhof de Oliveira Silva (Lineamentos do mandado de injunção. São Paulo: RT, 1993, p. 69): “Neste caso, estar-se-ia anuindo com o fato de que a questão poderia ficar sem solução, o que não é admissível pelo ordenamento normativo vigente”.

14 Para a decisão de natureza mandamental, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (*Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 244-245) entende que seria cabível ao impetrante o instituto da “Reclamação”: “Nessa hipótese, se desrespeitado o comando da sentença, restará ao impetrante valer-se do instituto da reclamação, que com o advento da Constituição de 1988 ganhou status constitucional, estando prevista no art. 102, I, L da CF, que dispõe ser competência originária do Supremo Tribunal Federal apreciar a “reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”. No que tange aos demais Tribunais, possibilitou a Lei de Recursos a instituição da reclamação, ao prevê-la em seus arts. 13 a 18. Vem a matéria prevista, ainda, nos arts. 156 a 162 do Regimento do STF e nos arts. 187 a 192 do Regimento do STJ. Assim, poderá o impetrante utilizar-se da reclamação, caso o impetrado seja autoridade administrativa e não cumpra a ordem que lhe foi imposta, sem prejuízo das outras medidas de caráter penal e administrativo que possam ser impostas ao responsável pelo descumprimento da ordem judicial”. Verifica-se que o autor utiliza o termo “outras medidas de caráter penal e administrativo”. Ora, ainda que fosse possível utilizá-las ao lado da reclamação, ainda assim não estaria satisfeita a necessidade daquele que impetrou mandado de injunção. Isto porque, todas as medidas fornecidas pelo nobre doutrinador nada mais fazem do que

sar numa ação de execução/módulo executório/fase sincrética obrigando à criação de leis *infra*constitucionais? Qual seria a medida garantidora de tal imposição? Seria possível a utilização de mecanismos que norteiam-se direta ou indiretamente no interesse patrimonial, como uma astreinte, *p. ex.*, para aplicá-los ao processo de criação legislativa, que nada tem de concreto?

Encontrar qualquer resposta plausível a tais indagações remonta ao formalmente inadmissível. Isto porque, há se convir que, do contrário, possibilitar-se-iam duas situações “*sui generis*”, uma de cunho eminentemente técnico e outra de cunho político:

Na primeira, o Judiciário obriga o Legislativo a criar a lei, o Legislativo não cria. O que fazer então? Nada. É essa a resposta de novo. A ideia pode até ser bem intencionada, mas o ordenamento pátrio não possui um procedimento específico para efetivar isso. Em outras palavras, manda-se aplicar rito procedimental de natureza ordinária para sanar a questão da não-regulamentação, por exemplo, mas não há este rito, pois não custa lembrar que a obrigação de que trata o art. 461 do Código de Processo Civil, assim como seus “equivalentes executórios” previstos na aludida Lei Adjetiva são de natureza pecuniária, patrimonial, e não há nada de patrimonial em se obrigar a criar leis.

Numa segunda situação, política, em se admitindo hipotética e analogamente um rito procedimental, o Judiciário “obrigaria” o Legislativo a criar a lei e isso abriria “brecha” para que o Legislativo, educadamente, “mandasse” o Judiciário julgar seus processos num determinado prazo.

1.2 SOBRE A CONSISTÊNCIA DOS EFEITOS CONSTITUTIVO “INTER PARTES” E CONSTITUTIVO “ERGA OMNES” (ESTE ÚLTIMO COM MAIOR RAZÃO)

Descartados o primeiro e segundo efeitos (este último subdivisível, como visto), restam, pois, aqueles que atinem à atividade legislativa do Judiciário, em caráter estrito às partes e ao processo (*terceiro efeito*), ou a um “sem-número” de pessoas, em sentido abstrato (*quarto efeito*).

Convém, nesta frequência, ressaltar a existência de repúdio de parcela doutrinária à corrente defensora da atividade legislativa “*erga omnes*” do

desvirtuar a precípua busca do *writ*. Em outras palavras, quem pleiteia regulamentação de norma constitucional com eficácia e aplicabilidade limitada não o faz visando a perdas e danos, a danos materiais etc. Com menos razão o faz estritamente visando informar aos Tribunais que este ou aquele órgão desrespeita suas imposições; e com muito menos razão ainda quer ver a pessoa jurídica de direito público responsabilizada penalmente, se é que isso é possível.

Poder Judiciário, sob argumentação de que isso feriria o princípio da separação de funções¹⁵.

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

Neste sentido, oportunas as palavras de Ackel Filho:

Competirá, assim, ao juiz editar decisão que supra a falta da norma regulamentadora, permitindo o acesso do impetrante ao direito subjetivo que verte da Constituição e do qual é titular. Não será ato de legislação em tese porque tarefa de tal jaez escapa à competência judiciária¹⁶ (grifei).

E, também, as de Volney Zamenhof Oliveira Silva:

Em arremate às idéias aqui expostas, tem-se como certo que o legislador constituinte pretendeu, ao arquitetar o mandado de injunção, fazer com que as decisões proferidas pelo Judiciário operem efeitos apenas inter partes, declarando o direito daquele que vai a juízo em busca de garantia de um direito tido como certo¹⁷.

Não bastasse a posição doutrinária, é este também o entendimento atualmente predominante na Corte Suprema do país, muito embora não se descarte o entendimento acerca da natureza mandamental do provimento jurisdicional que concede a injunção e também da historicamente famigerada natureza declaratória.

Com efeito, o Poder Judiciário, aqui representado na figura do Supremo Tribunal Federal (base de dados para este estudo, vale repetir), tem mudado seu posicionamento frente à mora legislativa. Antes apenas “mero informador” do Poder-irmão sobre tal, passa agora a conceder o direito ao litigante, e - por enquanto - apenas ao litigante.

15 Assim lembra Rodrigo Reis Mazzei, naquilo que chama de “teoria da independência jurisdicional” (Mandado de injunção In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Ações constitucionais*. 3. ed. Salvador: JusPODIUM, 2008, p. 224): “A referida corrente recebe fortes críticas, em razão da função legislativa não ser típica do Judiciário, afrontando o princípio da separação dos poderes”. Repudiam-na, nesta frequência, a título exemplificativo, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (*Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 358): “Se é certo que o problema da omissão legislativa é grave, não é menos certo transformar o julgador por profissão no substituto de um legislador ou autoridade administrativa, conforme o caso, também por profissão, mas descumpridores de seus deveres”. Também o faz José da Silva Pacheco (*Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 341), o qual afirma que tal hipótese deve ser “descartada”, porque “[...] não só ao Judiciário descabe fazer normas gerais ou legislar, mas sobretudo porque a isso não autoriza o disposto no inciso LXXI do art. 5.º da CF/88”.

16 ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais**: “habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 126.

17 SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. **Lineamentos da mandado de injunção**. São Paulo: RT, 1991, p. 70-71.

Prova maior desta mudança de atitude é a lista de omissões inconstitucionais do legislativo constante no endereço eletrônico daquele Tribunal de Superposição¹⁸.

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

É esse, também, o entendimento de Falcão e Arguelhes:

Uma maioria dos ministros entendeu que, dada a ausência de lei específica regulando o direito de greve de funcionários públicos assegurado na Constituição, passariam a ser aplicáveis as mesmas regras para greve no setor privado. A minoria vencida queria ir além: em seu voto, o ministro Lewandowski propôs nada menos que 16 diretrizes para a greve e funcionários públicos. É o STF ajustando sua rota¹⁹ (grifei).

Como fator demonstrativo de que a natureza concedida à decisão de injunção ainda está em calibragem, há se mencionar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente à criação da norma *infraconstitucional* pertinente ao aviso prévio proporcional de, no mínimo, trinta dias, conforme definido em lei (art. 7º, XXI, CF).

Recentemente, nos MI's n^{os} 943, 1010, 1074 e 1090, seguindo tendência de suprir “por atalhos” a crise de legislação ineficiente e letárgica da função homônima - a exemplo do que o Executivo tem feito com as medidas provisórias -, imbuindo-se do chamado “*ativismo judicial*”, bem como através da atribuição de novos efeitos ao “*writ*”, o STF - tal como já havia feito nos mandados de injunção n^{os} 721²⁰ e 708²¹ -, ao julgar questão envolvendo o aviso-prévio proporcional por tempo de serviço reconheceu que, ante a absoluta ineficácia em meramente cientificar o Congresso Nacional, regras precisariam ser estabelecidas para o instituto, ainda que fruto da criatividade judicial.

18 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissao_Inconstitucional>. Acesso em: 28 de fev. de 2013.

19 Joaquim Falcão; Diego Werneck Arguelhes. Omissões legislativas inconstitucionais. In: **Folha de São Paulo**. Caderno “Opinião”. A3. 16 de Nov. de 2008.

20 Trata-se do julgado paradigmático no qual, diante da omissão legislativa relativa ao art. 40, §4º, CF, que confere o direito a contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre, a Corte adotou como parâmetro, para a aposentadoria de uma trabalhadora que atuava em condições de insalubridade, o sistema do Regime Geral de Previdência Social (artigo 57, da Lei 8.213/1991), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada.

21 Trata-se do julgado paradigmático no qual se decidiu pela aplicação da Lei n^o 7.783/89 (“Lei de Greve”) ao setor público no que couber, enquanto o art. 37, VII, CF não é regulamentado.

Nos quatro julgados paradigmáticos acima mencionados, entendeu-se pela necessidade da criação de regras de prévio aviso partindo do *mínimo* de trinta dias, e não do *quantum* exato de trinta dias, como se fazia até então. Alguns Ministros chegaram a propor um mês de salário/indenização para cada cinco anos trabalhados, enquanto outros falaram em dez dias a mais para cada ano de labor, propostas que, pela mais absoluta falta de critérios e pacificação opinativa, não foram levadas adiante, o que fez com que o relator dos “*writs*”, o Min. Gilmar Mendes, optasse por suspender o julgamento até que regras fossem criadas pelo Tribunal do qual faz parte.

Tal intento criacionista só não foi adiante dada a aprovação “às pressas” da Lei nº 12.506/11, que “requeitou” o Projeto de Lei nº 3.941, do longínquo ano de 1989, e regulamentou, ainda que de maneira incipiente (em parcos dois artigos, sendo que o segundo apenas informa que o comando legislativo entra em vigor na data de sua publicação), o prévio aviso proporcional ao tempo de serviço.

De toda maneira, ante o ocorrido, ficou explícito o fim da paciência do Guardião da Constituição com a mora contumaz do Congresso. Mas, implícito mesmo ficou um “último recado”: ou se regulamentava, de uma vez por todas, o art. 7º, XXI, da Constituição, ou o Supremo elaboraria, por conta própria, as diretrizes pertinentes ao tema, o que poderia dar margem de atuação para que se fizesse o mesmo com outras normas constitucionais de eficácia e aplicabilidade limitadas.

Ato contínuo, se no exemplo acima se limitou o STF a “mandar o recado”, mais recentemente convém mencionar a Súmula Vinculante nº 33, segundo a qual aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social (RGPS) sobre a aposentadoria especial de que trata o art. 40, §4º, III, CF, até a edição de lei complementar específica. Sua edição se dá, justamente, em razão de vários precedentes originados por mandados de injunção, como os de nºs 721, 795, 788, 1.785, todos do Distrito Federal. Nada obstante questionamentos acerca da natureza normativa dos enunciados sumulares vinculantes (tal assunto, certamente, tem “conteúdo de sobra” para muita discussão), inquestionável é o fato de que seus efeitos regulamentadores estendem-se, no caso em lume, para além das partes envolvidas na espécie de direito constitucional não regulamentado.

Clarividente, desta forma, que a atividade editora de norma faltante pelo STF, ou da utilização de analogia para suprir a omissão legislativa, em caráter “*inter partes*”, ainda não é o destino dessa caminhada.

Neste diapasão, em que pesem as opiniões daqueles que rechaçam a hipótese de atividade legislativa “*erga omnes*” pelo Poder Judiciário (*quarto efeito*), devem ser entendidos válidos o *terceiro* e *quarto* (este com mais razão, como aqui se defende) efeitos, vez que, ante a continuidade da letargia de regulamentação às normas constitucionais de eficácia e aplicabilidade limitada, o Supremo Tribunal Federal certamente um dia o fará, e isso sim será o fim da caminhada.

Neste sentido, oportunas as palavras de Uadi Lammêgo Bulos, quando defende a adoção, pelo STF, da *tese concretista geral*, “equivalente” constitucional ao efeito constitutivo “*erga omnes*” que se extrai da teoria processual:

Em vez de simplesmente imputar comportamento moroso ao Congresso Nacional, cumpre-lhe viabilizar o exercício e gozo de direitos, tornados inoperantes por aqueles que, por dever de ofício, têm de regulamentá-los mas não o fazem [...]. Daí o acerto da Corte ao seguir a tese concretista geral, pois não se sabe quando os preceitos dependentes de normatividade serão regulados²² (grifo do autor).

Em mesmo sentido, Regina Quaresma:

Há necessidade de efetivar os direitos fundamentais carentes de regulamentação, usando mecanismos criativos de interpretação e aplicabilidade da Constituição. O ativismo Jurisdicional admite sentenças de perfil aditivo e substitutivo. Mecanismos que correspondem ao fenômeno da politização da justiça e da judicialização da política. O STF tem apontado essa tendência, v.g., decisões sobre nepotismo, fidelidade partidária e inelegibilidades. É urgente mudar do ciclo vicioso para o virtuoso²³ (grifo do autor).

Outrossim, racionalizando o pensamento, parece contraditória a afirmação de que a atividade legislativa “*erga omnes*” ofende o princípio da separação de funções, mas sua correspondente “*inter partes*” não, afinal, atividade legislativa assim o é, seja ela entre as partes ou para todos.

Parece hipocrisia falar que se o Judiciário cria a norma faltante para as partes isso não ofende o dito postulado, mas se o Judiciário criar a norma

22 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 656.

23 QUARESMA, Regina. Art. 5º, inciso LXXI *In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 283.

para todos ofende. Afinal, o processo criativo não foi o mesmo? A finalidade não foi a mesma? É tudo uma questão de *alcance*, então?

Se há consenso em tornar ágil a máquina judiciária sem perder em qualidade, parece labor desnecessário ao Supremo Tribunal Federal editar a norma faltante à parte “A”, que litiga em face de “X”, e isso não se aproveitar a “B” e “C”, que têm os mesmos problemas, o mesmo objetivo e o mesmo “X” como parte adversária. Ora, a falta da edição da norma faltante é prejudicial a todos que dela precisam. Então porque um processo específico para “A”, para depois esperar que “B” faça o mesmo e obtenha o mesmo provimento, para depois esperar que “C” faça o mesmo e obtenha o mesmo provimento, e assim por diante? Há se convir, então, que repudia-se que a norma seja criada para “A”, “B” e “C”, conjuntamente, mas não proíbe-se que ela seja criada para os mesmos “A”, “B” e “C” separadamente? E se admitir-se, ilustrativamente, a propositura de mandado de injunção coletivo, não estará a edição da norma faltante atingindo pluralidade naturalmente maior que o âmbito individual, de maneira que a concessão da injunção coletiva em muito se assemelhará à atividade legislativa geral?

Isto posto, apesar de ser o *terceiro feito* aquele atualmente em voga, a defesa deste último entendimento (*quarto feito*) nada mais é que a antecipação ao pensamento que um dia certamente prevalecerá no Supremo Tribunal Federal, haja vista já haver, inclusive, voto vencido nesse sentido bem como um “recado” da Corte Suprema ao Legislativo exemplificado no caso envolvendo o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Não se trata, pois, de permitir a atividade legislativa abstrata do Poder Judiciário a qualquer caso, até porque não há instrumentalidade para isso, mas somente para aqueles em que há norma constitucional de eficácia e aplicabilidade limitada carecendo de regulamentação, em face da necessidade da completude e da potência máxima ao se utilizar a Constituição Federal.

Como acabar com o problema e eliminar a discussão? Simples. Basta que o Legislativo coloque para funcionar, de uma vez por todas, a Constituição Federal em sua integralidade. Enquanto isso não ocorre, que o Judiciário não se mantenha letárgico.

LINHAS DERRADEIRAS

À guisa de uma conclusão, explanados e respeitados os entendimentos acerca da natureza cognitivo-declaratória, cognitivo-condenatória e cognitivo-mandamental, deve prevalecer aquela que acena pela natureza constitutiva da cognição, seja ela em caráter “*inter partes*” ou, com maior razão (como aqui defendido), “*erga omnes*”.

Neste diapasão, em que pese ser o *terceiro efeito* ainda prevalente no STF, e de haver repúdio de parcela doutrinária ao *quarto efeito*, há se entender a não-existência de ofensa deste ao princípio da separação de funções, em razão de interpretação elástica dada àquele axioma, no sentido de que não seja encarado apenas como “limitador”, mas como “auxiliador” de uma função a outra quando uma não opera corretamente.

É óbvio que o tema comporta amplíssimas discussões. Aqui, apenas se quis demonstrar a aplicação da teoria processual à decisão que concede a injunção, ainda que, consequencialmente, se tenha feito apologia ao funcionamento da Constituição Federal em sua plena potência.

REFERÊNCIAS

- ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais: “habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. v.2
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPODIUM, 2012.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 14. ed. Salvador: JusPODIUM, 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição**. São Paulo: Atlas, 1999.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. **Mandado de injunção** In: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Ações constitucionais**. 3. ed. Salvador: JusPODIUM, 2008.

- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de injunção**: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas. São Paulo: RT, 1993.
- PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999.
- QUARESMA, Regina. Art. 5º, inciso LXXI In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 277-283.
- RAMOS, Dircêo Torrecillas. **Remédios constitucionais**: hábeas corpus, mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, ação popular/ação civil pública, mandado de injunção, hábeas data.... 2. ed. São Paulo: WVC Editora, 1998.
- SILVA, Volney Z. Oliveira. **Lineamentos do mandado de injunção**. São Paulo: RT, 1993.
- STRENGER, Irineu. **Mandado de injunção**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>. Acesso em: 28 de fev. de 2013.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- VADE MECUM. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

