



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Mandado de Injunção: as dificuldades decorrentes da adoção da posição concretista em face do princípio da separação dos poderes

Guilherme Eduardo Martins Kellner

Rio de Janeiro
2015

GUILHERME EDUARDO MARTINS KELLNER

Mandado de Injunção: as dificuldades decorrentes da adoção da posição concretista em face do princípio da separação dos poderes

Artigo Jurídico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:
Nelson C. Tavares Junior
Néli Luiza C. Fetzner

Rio de Janeiro
2015

MANDADO DE INJUNÇÃO: AS DIFICULDADES DECORRENTES DA ADOÇÃO DA POSIÇÃO CONCRETISTA EM FACE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.

Guilherme Eduardo Martins Kellner

Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-Graduando pela EMERJ- Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: A adoção de efeitos concretistas para decisões em sede de mandado de injunção expõe tensões entre o Poder Judiciário e o Legislativo e o Executivo. O mandado de injunção se insere na sistemática dos freios e contrapesos, devendo ser delineado seu procedimento e a eficácia das suas decisões. Há o Projeto de Lei n. 6128 /2009 que busca tratar da matéria, porquanto não basta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para tratar do tema, por falta de segurança jurídica.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Mandado de Injunção. Princípio da Separação dos Poderes. Sistemática dos freios e contrapesos. Necessidade de Regulamentação. Projeto de Lei n. 6.128/2009.

Sumário: Introdução. 1. Conflito entre os Poderes Judiciário e Legislativo. 2. Conflito entre os Poderes Judiciário e Executivo. 3. Regulamentação do Mandado de Injunção. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, trouxe diversos direitos e garantias individuais. Trata-se de uma Carta dotada diversas normas protetivas. Ocorre, porém, que muitas dessas previsões carecem de regulamentação para que possam ser efetivadas.

Seguindo tal constatação, o presente artigo versa sobre o instituto do mandado de injunção, remédio constitucional que visa a permitir a fruição desses direitos carecedores de normatização infraconstitucional.

O mandado injuncional é *writ* que busca corrigir a situação de inércia legislativa presenciada em nosso ordenamento com relação a alguns temas. Em especial após a adoção pelo Supremo Tribunal Federal de sentenças injuncionais com efeitos concretistas.

Importante, então, discutir-se os limites deste instituto, em especial diante de possível violação do princípio da separação dos poderes.

No primeiro capítulo será analisada a existência ou não de conflito entre os poderes Judiciário e Legislativo quando da aplicação de sentenças com efeitos concretistas em sede de mandado de injunção.

O segundo capítulo abordará a ocorrência ou não de violação ao princípio da separação de poderes no que tange a eventual colidência entre os poderes Judiciário e Executivo.

O terceiro capítulo discutirá a regulamentação do mandado de injunção, partindo de uma análise do Projeto de Lei 6.128 somada à outras ideias doutrinárias.

Objetiva-se, então, demonstrar a inexistência de violação ao princípio da separação de poderes pela adoção de efeitos concretistas em sentença injuncional, bem como demonstrar o modo que se entende mais seguro para a adoção dos respectivos efeitos concretistas.

A metodologia utilizada é do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

1. CONFLITO ENTRE OS PODERES JUDICIÁRIO E LEGISLATIVO

A decisão em sede de mandado injuncional vem sofrendo diversas modificações ao longo do presente ordenamento constitucional. Tal situação se explica principalmente por ser o mandado de injunção a única ação constitucional despida de regulamentação legal. Seu fundamento se restringe ao art. 5º, LXXI da Constituição Federal de 1988.

No entanto, desde o ano de 1989, no Mandado de Injunção n. 107, verdadeiro *leading case* sobre o tema, o Supremo Tribunal Constitucional decidiu pela autoaplicabilidade do instituto. Sua regulamentação acabou se tornando de certa maneira desnecessária, ao menos nesse primeiro momento. Tal desnecessidade se deu principalmente pelo fato de que a decisão de procedência do referido remédio constitucional se limitava a ter como efeito um apelo ao legislador para que regulamentasse o direito impossibilitado.

Ocorre que tal posição acabaria por tornar a ação constitucional praticamente ineficaz, dado que não há qualquer forma de punição ou sanção que estimule a edição de normas no presente ordenamento.

Tal situação perdurou até a virada jurisprudencial percebida nos MI 670, 708 e 712 em que a Suprema Corte adotou a posição concretista com eficácia *erga omnes*, ou seja, reconheceu a possibilidade de o próprio Poder Judiciário editar uma norma para possibilitar o exercício de direito previsto em norma de eficácia limitada. Nos casos em tela, o direito de greve do servidor público.

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes:

[...] o Tribunal, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar a eficácia da decisão limitada à declaração de existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário¹.

Estabelecidos os parâmetros sedimentados na presente jurisprudência do STF, quais sejam, a autoaplicabilidade do mandado injuncional e a possibilidade da efetivação dos direitos carentes de regulamentação por decisão em sede de Mandado de Injunção, é imperioso que se discuta em que medida tal atuação do Judiciário afetaria o Princípio da Separação dos Poderes, em especial no que tange ao conflito com o Poder Legislativo.

A divisão do Poder em funções (legislativa, jurisdicional e executiva) tem como pressuposto a ideia de que o acúmulo do mesmo nas mãos de poucos levaria a abusos e violações extremadas, a exemplo do que se deu no período absolutista na França. Sob tal ótica, ao se permitir que o Poder Judiciário criasse normas, estaria se permitindo que juízes pudessem definir a forma com que direitos constitucionais deveriam ser exercidos. E cabe lembrar sempre que os magistrados não são eleitos pelo voto popular, mas sim nomeados

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. O Mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulação Legislativa. In: MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 43.

após concurso público. Existe, portanto uma carência de legitimidade direta, situação que em uma visão superficial poderia denotar o vício da inconstitucionalidade.

Ocorre, porém, que a própria Constituição da República Federativa permite que os chamados Poderes além de suas funções típicas, possam exercer funções atípicas. É a sistemática dos freios e contrapesos, sendo o Executivo, o Legislativo e o Judiciário garantes das autonomias uns dos outros. E é nessa lógica que se insere o Mandado de Injunção. Junto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, visam a combater a crise de inefetividade das normas de eficácia limitada. A atuação do Poder Judiciário é e deve ser subsidiária à do Legislador, apenas atuando na inércia irrazoável deste.

Nessa linha de pensamento:

[...] vence a tese de que deve se adotar a corrente concretista, com o consequente reconhecimento de que compete ao Poder Judiciário, na hipótese de omissão, criar a norma jurídica para o caso concreto – interpretação que confirma a força do mandado de injunção e, via de consequência, da Constituição Federal, em consonância com o que dispõe os princípios da hermenêutica constitucional. (...) ²

Cabe destacar ainda, a ideia de que as funções do Poder seriam também deveres, na medida em que haveria um comando implícito do poder constituinte ao legislador para que regulamentasse e consequentemente possibilitasse o exercício de todos os direitos constitucionalmente previstos. Assim, ao se quedar inerte, haveria uma violação por parte do Poder Legislativo (omissão inconstitucional), não sendo cabível a alegação de violação à separação dos poderes. O que ocorre, portanto, é o exercício de uma atividade atípica pelo Poder Judiciário através de sentenças aditivas em um campo normativo que foi abandonado pelo legislador.

Soma-se a isso a corrente prevalecente no neoconstitucionalismo da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em especial com o valor central de todo nosso ordenamento: a Dignidade da Pessoa Humana. Nesse viés de pensamento, o Poder Judiciário

² PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da decisão em Mandado de Injunção. . In: MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 43.

teria o dever de suprir a falta de regulamentação, de forma a possibilitar a efetivação dos direitos não autoaplicáveis previstos na CRFB. O mandado de injunção se trataria, portanto, de um poder-dever.

Necessário que se faça, porém, uma análise da extensão subjetiva dos efeitos da decisão em sede de mandado de injunção. É discutida a possibilidade da utilização de efeitos *erga omnes* ou de efeitos interpartes quando da procedência do pedido. Tal questão é de difícil resolução, tendo em vista que de um lado a presente ação constitucional nasceu como forma de se garantir individualmente o exercício de direito inaplicável por falta de regulamentação. Nesse ponto, seria correta a utilização da ação direta de inconstitucionalidade por omissão para que se possam garantir efeitos gerais e abstratos para o exercício do referido direito.

Por outro lado, a utilização de efeitos interpartes permitiria a existência de diferentes soluções para o exercício do mesmo direito constitucional. Restaria fragilizado o princípio da Isonomia.

Aqui se mostra a necessidade de regulamentação do mandado injuncional, devendo a lei definir o caminho correto, ou ao menos uma decisão do Supremo Tribunal Federal em que se definisse um procedimento seguro quanto à eficácia das decisões. Cabe destacar que desde a promulgação da Carta Cidadã e a presente data já se passaram mais de 25 anos, havendo direitos que não podem ser exercidos por falta de regulamentação.

Até aqui, ao analisar a omissão total, aquela em que há efetiva omissão por parte do legislador, percebe-se que não há maiores problemas na utilização de decisões com efeitos concretizadores em sede de mandado injuncional, ao menos no que diz respeito ao conflito entre o Legislativo e o Judiciário.

Importante, também, que se discuta a existência das chamadas omissões inconstitucionais parciais. Tais vícios merecem uma análise delicada, na medida em que há

uma atuação por parte do legislador, mas de maneira incompleta. Tal incompletude acaba por ferir o princípio da Isonomia, na medida em que a Carta Maior expressamente define que mais de um sujeito é titular de um direito, mas o legislador apenas o regulamenta para alguns. Nestas hipóteses tem-se uma situação em que apenas parte dos destinatários da norma podem se utilizar da mesma, enquanto aos outros, permanece a mesma carente de aplicabilidade por falta de regulamentação.

O enfrentamento desse tema é mais complexo, pois ao se debruçar sobre a questão, o Poder Judiciário estaria lidando com a existência de uma norma. Até que ponto poderia o juiz estender os efeitos de uma norma para outro caso? Apesar de em um primeiro momento ser de difícil resposta, a análise do ordenamento jurídico mostra que tal solução é adotada em diversos institutos, destacando-se a analogia como o principal exemplo. Há uma lei para um caso semelhante e se utiliza a mesma para outro caso não previsto. Situação extremamente parecida, senão igual, ao do que se pretende com os efeitos concretizadores do mandado injuncional.

Pode-se apontar, inclusive, uma vantagem no caso da omissão inconstitucional parcial, já que houve a atividade do legislador e a lei daí resultante deve servir de parâmetro para os efeitos aditivos da sentença injuncional.

Por fim, cabe destacar que é possível se questionar que a utilização do mandado de injunção contra leis inconstitucionais por omissão parcial com eficácia subjetiva *erga omnes* poderia representar uma Ação Direita de Inconstitucionalidade disfarçada. Tal entendimento teria como consequência uma quebra com o ordenamento jurídico global, na medida em que a legitimidade do presente *writ* é do cidadão enquanto que a Adin tem rol de legitimados limitado, taxativo, *numerus clausus*, conforme o art. 103 da Constituição³.

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 Out. 2015.

Ocorre que os objetivos das ações são diferentes. Enquanto que na ação direta de inconstitucionalidade se objetiva a retirada de uma lei do ordenamento jurídico, no mandado de injunção contra lei viciada por omissão inconstitucional parcial se busca a extensão dessa norma para outros titulares e a consequente aplicabilidade deste direito. Mais um questão que exige regulamentação, seja legislativa, seja jurisprudencial.

2. CONFLITO ENTRE OS PODERES JUDICIÁRIO E EXECUTIVO

Outro conflito que poderia em tese restar configurado pela adoção de efeitos concretistas de decisões em sede de mandado de injunção é um embate entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Mais uma vez, o princípio da separação dos poderes deve ser analisado.

A origem de tal embate se dá em especial pelo fato de que a garantia de direitos, independentemente de quais, configura uma necessidade de gastos públicos. Assim, qualquer efetivação de normas de eficácia constitucional limitada exige, em maior ou menor grau de um dispêndio de recursos.

Somente a partir da Segunda Geração de Direitos Fundamentais seria exigido do Estado aporte de recursos para a efetivação de direitos. Realmente, tais direitos demandam investimentos consideráveis por parte da Administração Pública, fazendo jus ao “apelido” de Direitos de Prestação Positiva.

Até mesmo os direitos da “Liberdade” exigem investimentos por parte do Executivo, seja pela necessidade de prevenção, efetivada principalmente pela fiscalização, Poder de Polícia, seja pela remediação judicial. Ainda mais em atenção às dimensões do princípio da proporcionalidade, que exige tanto uma vedação ao excesso, quanto uma vedação à proteção ineficiente.

Ocorre que, como regra, os direitos previstos em normas de eficácia limitada não são direitos negativos, pois que demandam uma atividade do Estado. Caso bastasse uma omissão

do Estado, essa estaria preenchida com a inércia que se verifica. Não é o caso. Há um verdadeiro direito à regulamentação para que seja possível o exercício das pretendidas posições jurídicas. Trata-se de um direito à prestação.

Ponto importante reside, então, na forma como ser dará a execução desses direitos. Por se tratar de prestação positiva, regulamentação pelo Estado, cabe destacar que não há um único caminho. Ilustrando, defende Robert Alexy:

Já os direitos a prestações são, para seus destinatários, dentre outras, obrigações de proteger ou fomentar algo. (...) se é obrigatório proteger ou fomentar algo, nem toda ação que represente ou produza uma proteção ou um fomento será obrigatória. (...) Se é possível salvar alguém que está se afogando seja nadando até ele, seja atirando uma boia, seja com o auxílio de um barco, de nenhuma forma serão as três ações simultaneamente obrigatórias.⁴

Assim, não agindo o Congresso, deverá agir o Judiciário. O que não se permite é que os titulares de direitos previstos na Constituição “afoguem” por falhas Estatais.

Indo além, atualmente por viver-se em um momento em que é garantida a eficácia horizontal dos direitos. Não basta apenas a regulamentação dos referidos direitos, mas também se fazem necessárias a fiscalização e prevenção de ilícitos. Tais funções, porém acabam por tornar ainda mais custoso a efetivação de direitos.

Fala-se normalmente em eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mas esses, por já possuírem eficácia plena em decorrência do art. 5§1º da CRFB⁵, não se inserem na presente discussão. Deve-se, no entanto, alargar tal concepção, entendendo aplicável horizontalmente qualquer tipo de direito. Exemplificando, o art. 608 do Código Civil de 2002⁶ é expresso em prever a eficácia horizontal de contratos particulares a terceiros.

Ora, em sendo executáveis os direitos constitucionais previstos em normas de eficácia limitada, necessária se fará ao Estado que fiscalize e garanta respeito aos mesmos, seja ante a

⁴ ALEXY, Robert. *Teoria do Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 461.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 Oct. 2015.

⁶ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 Out. 2015.

particulares, seja ante ao próprio Poder Público. Em suma, é necessário reconhecer que sempre que o Judiciário aplicar efeitos concretistas a uma decisão de mandado injuncional estará, em maior ou menor grau, exigindo o aporte não só de recursos pelo Poder Executivo, como também a contratação de pessoal para agir na função fiscalizadora. A efetivação de direitos é situação que exige participação direta do Poder Executivo, independentemente de qual direito esteja em discussão.

Ainda que se possa argumentar pelo custeio do exercício de direitos pelos particulares, como ocorre em rega com o Direito de Ação, custeado por meio de Taxa Judiciária, a verdade é que sempre será necessária a garantia de fruição de direitos pelos hipossuficientes econômicos. Indiscutível, portanto, que a efetivação de direitos exige recursos públicos.

Em sendo necessários recursos para a efetivação dos direitos em tela, adentra-se, na discussão tradicional acerca da Teoria da Reserva do Possível. Até que ponto é possível que o Judiciário exija gastos do Executivo? Não se tem resposta precisa, mas o Supremo Tribunal Federal já se posicionou favoravelmente ao fornecimento de prestações estatais positivas, em especial no que toca os direitos sociais. Nesse sentido o julgamento do Agravo Regimental no RE 581.532.⁷

Normalmente se utiliza como contraponto à referida teoria a ideia de Mínimo Existencial, de modo que prepondere a consecução de direitos fundamentais sobre a alegação de insuficiência de recursos públicos. Ocorre que em relação aos direitos constitucionais garantidos por mandado de injunção, não se podem considera-los como fundamentais, posto que estes não necessitam de regulamentação. Possível, ao menos aprioristicamente, a aplicação da teoria com relação aos direitos carentes de regulamentação.

Contudo, o mandado de injunção é remédio contra a inércia do Legislativo. Quando esse Poder edita leis, não se discute a aplicação ou não de recursos públicos na consecução

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg RE. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24205269/recurso-extraordinario-re-581352-am-stf>>. Acesso em: 24 out. 2015.

dos objetivos perquiridos. Na verdade, tal discussão é ensejada quando da elaboração das Leis Orçamentárias.

Assim, por ser a vida injuncional uma função supletiva e subsidiária da função legislativa, deve prevalecer a mesma lógica de impossibilidade de alegação da reserva do possível. Correto é se discutir a aplicação de recursos quando do processo legislativo dos Orçamentos Públicos.

Há, também, outro ponto que deve ser levado em consideração. Não faria sentido que a Constituição previsse um remédio para superar a inércia do Legislativo apenas para que fosse afastado, na prática, pelo Poder Executivo. Cabe lembrar, trata-se de direitos previstos na Constituição, norma fundamental sobre a qual se estrutura todo o Estado Brasileiro.

É possível que diante de um caso concreto específico, se utilize da técnica de ponderação para excepcionalmente restringir eventual direito pela falta de recursos públicos. O que não se admite é que se afaste a regulamentação de um direito prematuramente e em caráter geral.

Nessa linha de raciocínio, é interessante lembrar que o Poder Executivo possui iniciativa legislativa, além do instituto da Medida Provisória e da possibilidade de regulamentação infraconstitucional por normas administrativas. Eventual equívoco por parte do Poder Judiciário poderia ser corrigido pelos meios acima. Tudo em coerência com o Sistema Constitucional de Freios e Contrapesos.

Como se percebe, então, não há violação do princípio da separação de poderes na utilização de efeitos concretistas para a sentença em sede de mandado de Injunção. Trata-se na verdade de efetivação do texto constitucional. E diferente não poderia ser, sob pena de se deteriorar a função jurisdicional.

Evidentemente, não pode ocorrer um abuso nessa atividade criativa. Nas palavras de Elival da Silva Ramos:

Com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da Separação dos Poderes.⁸

O trecho é elucidativo em apontar que a Separação de Poderes exige um equilíbrio constante, sob pena de desmoronar juridicamente o Estado Democrático de Direito. O mandado de injunção, tem função notadamente executiva, na medida em que permite a execução de um direito constitucional. A norma já é existente, foi criada pela Constituição. A questão é apenas a forma pela qual se dará.

Ainda, na ideia de equilíbrio, o mandado de injunção foi a forma encontrada pelo Constituinte Originário para garantir uma isonomia entre Poderes quando da inércia legislativa.

3. REGULAMENTAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Ponto importante de análise é com relação à necessidade de regulamentação do procedimento do mandado de injunção. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido da aplicação subsidiária do procedimento do mandado de segurança em relação ao mandado de injunção. Trata-se de posição que visa a possibilitar a utilização do mandado injuncional. Importante, porém, destacar que trata-se de ações constitucionais com diferenças notáveis.

Em primeiro lugar, o mandado de segurança é aplicável quando há o cometimento de ilegalidade com base em ato administrativo. Situação essa que difere do mandado de injunção, na medida em que esse é remédio contra uma inconstitucionalidade por omissão do legislador.

⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116.

Percebe-se que o vício que se busca sanar com o mandado de injunção é bem mais específico que o do mandado de segurança, que abarca um plexo muito maior de relações jurídicas.

Não só com relação ao objeto há diferenças, mas principalmente no tocante aos efeitos das respectivas sentenças. Como regra geral, temos no mandado de segurança a necessidade de anulação de um ato administrativo que venha a ser violador do ordenamento jurídico. Já com relação ao mandado de injunção, torna-se necessário uma postura criativa do Poder Judiciário, que ante a um vácuo legislativo inconstitucional é obrigado a adotar posição que inove no caso concreto.

Trata-se, visivelmente, de tarefa complexa. Deve-se, porém, utilizar como base as características específicas desse remédio constitucional. Nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Albino Zavascki:

A opção de conferir ao mandado de injunção o perfil normativo-concretizador, como faz o STF, importa, em boa medida, atribuir ao Judiciário uma atividade tipicamente legislativa, cujo resultado será uma decisão com especialíssimas características, a saber: (a) uma decisão com natural eficácia prospectiva, ou seja, com efeitos normalmente aptos a se projetar também para o futuro (o que não é comum nas sentenças em geral); (b) uma decisão que, por isso mesmo, fica sujeita, quando necessário, a ajustes em função de supervenientes modificações do estado de fato ou de direito; e, enfim, (c) uma decisão com natural vocação expansiva em relação às situações análogas, efeito esse que, aliás, também decorre e é imposto pelo princípio da isonomia, inerente e inafastável aos atos de natureza normativa.⁹

Tendo em vista essas especificidades do *writ* objeto do presente artigo, mostra-se necessária a edição de norma regulamentadora pelo legislador pátrio. Em especial no tocante à possibilidade e forma com que se permitirá ao julgador a utilização de efeitos concretistas quando de sua decisão. Surgiram na doutrina diversas posições acerca da melhor forma com

⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Mandado de Injunção: anotações sobre o PL n. 6.128/2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97.

que se permitiria a utilização de tais efeitos. Destaca-se principalmente o projeto de Lei n. 6.128/2009¹⁰. Nesse sentido dispõe:

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para o fim de:

II – estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I quando comprovado que o impetrado deixou de atender ao prazo estabelecido para a edição da norma em anterior mandado de injunção.

Além de possibilitar expressamente a adoção da posição concretista, ainda prevê a possibilidade de extensão da eficácia da decisão injuncional para além das partes do processo.

É o que se depreende do art. 9º:

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§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.

§2º Transitada em julgado a decisão, os seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

Por fim, trata o referido projeto da coisa julgada. Define que não se concretizará a imutabilidade quando o pedido for indeferido por insuficiência probatório, art. 9º §3º, sendo possível a revisão da decisão, preservados os efeitos já produzidos. É o que estipulam os arts. 10 e 11.

Percebe-se que o referido texto busca tratar das questões principais do mandado de injunção, guiando-se pelas linhas traçadas pela jurisprudência, em especial à do Supremo Tribunal Federal. Em especial, a possibilidade de reconhecimento dos efeitos concretistas *erga omnes*, a coisa julgada *rebus sic standibus*, bem como a prevalência de norma editada pelo legislador quando confrontada com a decisão do Judiciário, ressalvada a eficácia *ex nunc* da norma regulamentar posterior. Trata-se de projeto extremamente interessante, que possibilitaria uma maior segurança no que tange à utilização deste remédio constitucional,

¹⁰ BRASIL. Projeto de Lei n. 6.128. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4A17F22EE0D4E32939BB7874818BB6C9.proposicoesWeb1?codteor=697234&filename=PL+6128/200915>. Acesso em: 24 out. 2015.

criando fundamentos legais para as conclusões que hoje se baseiam somente na jurisprudência do STF. Ainda que com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que dispõe acerca dos precedentes vinculantes, possa se argumentar que a jurisprudência adquirirá caráter quase – normativo, a existência de lei atende melhor ao princípio da segurança jurídica.

Cumprido destacar que há críticas ao referido projeto, baseadas principalmente no princípio da divisão dos poderes.

Neste contexto parece melhor o Congresso Nacional rejeitar o PL. Do contrário, estará avaliando a transferência do seu poder de legislar para o Supremo Tribunal Federal por meio do mandado de injunção, transmutado como que numa medida provisória do Poder Judiciário, com dois sérios agravantes.

- 1) decisão em mandado de injunção nada tem de “provisória”, isso porque, sendo jurisdicional, recobre-se do manto protetivo da coisa julgada
- 2) diferentemente da medida provisória, eventual decisão legislativa em sede de mandado de injunção não se sujeita ao crivo congressual, isto é, não há, no caso, conversão em lei, como sucede com a medida provisória.¹¹

Com o máximo respeito, e ainda que fundamentada, a crítica do professor da Faculdade de Direito da USP não procede. Primeiramente, ao comparar a decisão em sede de mandado injuncional com a medida provisória, olvida-se o autor do fato de que o campo de aplicação do instrumento do Chefe do Executivo é extremamente mais amplo que a via do remédio em análise. Este apenas se justifica quando da inércia do legislador, sendo nitidamente subsidiário e suplementar. Não só. Com relação à falta de provisoriedade, cabe lembrar que há diversos efeitos que decorrem da coisa julgada. Assim, esta apenas se justificaria enquanto a situação fática permanecesse a mesma. Trata-se de verdadeira decisão com cláusula *rebus sic standibus*, ou seja, assim que editada a regulamentação pelo legitimado constitucional, perderia efeitos a decisão do Supremo. Nesse sentido, insustentável também é a crítica com relação à inexistência de controle de tal decisão pelo Congresso Nacional. Bastaria, caso não concordasse com a norma editada, a edição de lei que dispusesse de modo diferente, posto que esta última prevaleceria sempre.

¹¹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Regulamentação do Mandado de Injunção. In: MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.158.

Por fim, cabe apontar que, ao comparar o disposto no PL com o instituto da medida provisória, o professor acaba por legitimar indiretamente a solução da jurisprudência. Ora, a medida provisória mesmo sendo, mais ampla, é entendida como típica ao sistema de freios e contrapesos conexo ao princípio da separação dos poderes. Nessa linha, a possibilidade de efeitos concretistas em sede de mandado de injunção seria também um elemento desse sistema, sendo legítimo, portanto.

Há na doutrina, ainda, outras ideias relevantes acerca da eficácia concretista adotada pelo STF em julgamentos do *writ* injuncional. Nesse sentido, André Vicente Pires Rosa, analisando a eficácia *erga omnes* concretista:

Essa decisão do STF, no entanto, terá uma peculiaridade muito específica: ela não terá eficácia imediata. Diferentemente de qualquer outra típica decisão judicial, ela valerá apenas a partir de um período sugerido de 1 ano (esse é um prazo que pode ser modificado, sem que se altere a essência da proposta). Nesse ínterim, todos aqueles possíveis beneficiários do direito constitucionalmente positivado sabem que já existe uma decisão do Supremo que define como haverá de ser usufruído tal direito.¹²

Trata-se de solução extremamente perspicaz, na medida em que se evita um conflito imediato com o Poder Legislativo, sem deixar de se garantir o direito do particular, violado pela inércia do legislador. O autor continua, apontando que caso o Congresso não concorde com a norma editada pelo Poder Judiciário terá o prazo referido de 1 ano para editar a respectiva regulamentação, devendo prevalecer esta última sempre. A decisão do STF teria “caráter temporário, precário e provisório, valendo até que o ordinário legitimado constitucional – o legislador – cumpra sua missão e crie a lei”.¹³

O referido autor parece ter encontrado solução de extremo equilíbrio, verdadeira ponderação de princípios constitucionais.

CONCLUSÃO

¹² ROSA, André Vicente Pires. Mandado de Injunção sob a Perspectiva do Projeto de Lei n. 6.128/2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 108.

¹³ ROSA, André Vicente Pires, op. cit., p. 109.

Delinear os limites dos efeitos da decisão em sede de mandado de injunção é uma temática ainda polêmica, como visto, razão pela qual se mostra essencial a sua regulamentação por lei.

A possibilidade de violação do princípio da separação dos poderes se mostra sempre presente quando do controle de um Poder pelo outro. Fica evidenciado, porém, que a utilização do mandado injuncional se insere na ideia de freios e contrapesos. Sistemática que é inerente à divisão de poderes brasileira.

É possível se visualizar, em tese, choques tanto com o Poder Legislativo como com o poder Executivo, de modo que é imprescindível a delimitação específica do alcance do mandado de injunção.

Clama-se, portanto, pela edição pelo Legislador de norma regulamentando o procedimento e os efeitos do referido *writ*. Somente assim, se atenderá à necessidade de segurança jurídica que se impõe em nosso ordenamento pátrio, não bastando, ao menos neste caso, a mera jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria do Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Regulamentação do Mandado de Injunção. In: MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 Oct. 2015.

_____. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 Oct. 2015.

_____. Projeto de Lei n. 6.128. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4A17F22EE0D>

4E32939BB7874818BB6C9.proposicoesWeb1?codteor=697234&filename=PL+6128/200915
>. Acesso em: 24 out. 2015.

———. Supremo Tribunal Federal. AgRg RE. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24205269/recurso-extraordinario-re-581352-am-stf>>. Acesso em: 24 out. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulação Legislativa. In: MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da decisão em Mandado de Injunção. . In: MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSA, André Vicente Pires. Mandado de Injunção sob a Perspectiva do Projeto de Lei n. 6.128/2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. Mandado de Injunção: anotações sobre o PL n. 6.128/2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

