



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Lei 13.300 de 2016: a regulamentação da decisão final do mandado de injunção e o princípio da separação dos poderes sob a ótica do diálogo das instituições

Mariana Tavares Melo de Araujo

Rio de Janeiro
2016

MARIANA TAVARES MELO DE ARAUJO

Lei 13.300 de 2016: a regulamentação da decisão final do mandado de injunção e o princípio da separação dos poderes sob a ótica do diálogo das instituições

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2016

LEI 13.300 DE 2016: A REGULAMENTAÇÃO DA DECISÃO FINAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES SOB A ÓTICA DO DIÁLOGO DAS INSTITUIÇÕES

Mariana Tavares Melo de Araujo

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: o mandado de injunção é ação constitucional prevista na desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, tendo por objetivo o controle difuso das omissões inconstitucionais. No entanto, a referida ação passou anos sem regulamentação, sendo sua utilização construída ao longo do tempo por meio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – que evoluiu no sentido de dar maior efetividade aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos -, e em junho de 2016 finalmente culminou com a aprovação do Projeto de Lei 6.128/2009, resultando na Lei 13.300. A essência do trabalho é fazer uma análise da evolução do mandado de injunção, especialmente no que diz à eficácia da sua decisão final, tendo como parâmetro o princípio constitucional da separação dos poderes.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Ações Constitucionais. Mandado de Injunção. Princípio da separação dos poderes. Diálogo institucional.

Sumário: Introdução. 1. O mandado de injunção no âmbito da Constituição da República de 1988 e sua regulamentação por meio da Lei 13.300 de junho de 2016. 2. Lei 13.300 de junho de 2016 e a regulamentação da eficácia da decisão no mandado de injunção. 3. Eficácia da decisão do mandado de injunção: o princípio da separação dos poderes e o diálogo institucional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da regulamentação do mandado de injunção decorrente da promulgação da Lei 13.300 de junho de 2016. O objetivo do presente estudo é identificar evolução do mandado de injunção desde a sua previsão inicial na Constituição Federal de 1988, carente de disciplina, até a sua regulamentação pela Lei 13.300 de junho de 2016, especialmente no que tange à eficácia e abrangência da decisão final.

Enquanto o mandado de injunção carecia de regulamentação, essa ação constitucional que objetiva a garantia do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e a cidadania quando da ausência de norma regulamentadora, seguia o rito procedimental aplicável ao mandado de segurança, mas

em alguns aspectos a Lei 12.016 de 2009 não era suficiente, principalmente em relação à eficácia e abrangência da decisão que reconhecia a omissão inconstitucional.

Com o advento da Lei 13.300 de junho de 2016, consolidou-se o entendimento jurisprudencial resultante da evolução da análise do mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal, permitindo ao Poder Judiciário, em seus artigos 8º e 9º, a possibilidade de fixação de condições do exercício do direito pleiteado em caso de reconhecimento de omissão constitucional e de inércia da autoridade, órgão ou entidade competente para elaboração da regulamentação do direito fundamental que se busca a garantia por meio do mandado de injunção.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando uma breve colocação das principais características do funcionamento do instituto do mandado de injunção, culminando com a promulgação da Lei 13.300, de junho de 2016, a qual regulamenta a referida ação constitucional.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, as opções legislativas realizadas na Lei 13.300, de junho de 2016, em especial no que diz respeito aos efeitos que a decisão que reconhece a omissão legislativa pode vir a ter.

O terceiro capítulo destina-se a examinar as consequências da opção legislativa para os efeitos da decisão que reconhece omissão legislativa, considerando-se, principalmente, o princípio da separação de poderes, princípio este previsto constitucionalmente.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. O MANDADO DE INJUNÇÃO NO ÂMBITO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E SUA REGULAMENTAÇÃO POR MEIO DA LEI 13.300 DE JUNHO DE 2016

O Mandado de Injunção é uma ação constitucional prevista no art. 5º, inciso LXXI da CRFB¹, a qual pretende a garantia do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e a cidadania quando da ausência de norma regulamentadora, sendo inovação trazida pela CRFB, não havendo similar em Constituições anteriores.

Analisando o instituto do mandado de injunção inserido pela CRFB, José Afonso da Silva o conceitua da seguinte forma:

[...] é uma nova garantia instituída no art. 5º, LXXI, da CF de 1988. Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição.²

Segundo os autores Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck, ao analisar o artigo da Constituição que prevê o mandado de injunção, “[...] A elaboração constituinte do mandado

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

² SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 168.

de injunção seguiu sempre a preocupação de buscar meios para assegurar a plena eficácia das normas constitucionais.”³

No mesmo sentido, José Afonso da Silva aponta que o principal objetivo do instituto do mandado de injunção é “[...] conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação.”⁴

A ação tem por finalidade, portanto, mediante o provimento jurisdicional, assegurar a tutela de direitos, garantias, liberdades e prerrogativas constitucionais cuja efetiva fruição esteja sendo inviabilizada pela falta de atuação do poder público no plano normativo.

Para que a ação constitucional seja cabível, se faz necessário que haja falta de norma regulamentadora⁵ de um direito, uma garantia, liberdade ou prerrogativa constitucional, que esta omissão impeça o exercício de direitos e garantias constitucionais e que esses direitos exijam, como condição para seu exercício, de provimentos normativos que do poder público que assegurem seus principais efeitos.⁶

Atente-se para o fato de que o objetivo do mandado de injunção não é o de corrigir eventuais imperfeições legislativas, tampouco se tem a pretensão, por meio do instituto, de atacar ilegalidades ou a ocorrência de inconstitucionalidades.

O mandado de injunção terá cabimento nos casos em que a aplicabilidade de uma norma ficar dependente da elaboração de uma lei ou de outra providência regulamentadora e o instituto tem aplicação justamente para fazer com que a norma constitucional seja aplicada em

³ CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 480.

⁴ SILVA, *op. cit.*, p. 168.

⁵ Sobre o conceito de norma regulamentadora, Dirley da Cunha Júnior leciona que “[...] é abrangente de atos administrativos, pois a ausência de uma ordem de serviço (ato administrativo concreto) para a implementação de um determinado serviço público (fato administrativo) pode, fatalmente, inviabilizar o exercício de um direito fundamental, como aqueles que carecem de providências materiais do poder público (...). E a omissão dessas providências consiste indubitavelmente na falta de norma regulamentadora. (...) Seu conceito alcança toda “medida” necessária para tornar viável um direito fundamental.” – CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010. p. 124-125.

⁶ *Ibid.*, p. 482.

favor daquele que se utilizou da ação constitucional e exatamente porque não havia regulamentação.⁷

Ocorre que a referida ação constitucional carecia de regulamentação no que diz respeito a sua processualística até o advento da Lei 13.300, de 23 de junho de 2016, existindo apenas sua previsão no rol de direitos e garantias fundamentais e a determinação de competência para seu julgamento nos arts. 102, inciso I, alínea q e inciso II, alínea a, 105, inciso I, alínea h, 121, § 4º, inciso V e 125, § 1º, todos da CRFB.

Até então, aplicava-se analogicamente ao Mandado de Injunção o rito processual previsto na Lei 12.016/2009, a Lei do Mandado de Segurança, em virtude das semelhanças existentes entre as ações⁸, bem como por força do art. 24, § único, da Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990.⁹

Saliente-se que o mandado de injunção pode ser impetrado por qualquer pessoa, que pode ser tanto física, quanto jurídica, desde que esta se veja impossibilitada de exercer um determinado direito ou garantia constitucional em razão da ausência de norma regulamentadora. Já a legitimidade passiva cabe aos órgãos ou autoridades públicas que tem a obrigação de legislar, mas que ainda não o fizeram, o que caracteriza, então, sua inércia.¹⁰

Questão tortuosa sobre a qual se debatia a doutrina e a jurisprudência a época da inexistência de legislação específica sobre o Mandado de Injunção dizia respeito à eficácia e à abrangência das decisões que reconheciam a inviabilidade do exercício de um direito constitucional decorrente de omissão legislativa e deferiam a injunção.

⁷ SILVA, op. cit., p. 169.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 338.

⁹ BRASIL. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 07 out. 2016.

¹⁰ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 233-234.

2. LEI 13.300 DE JUNHO DE 2016 E A REGULAMENTAÇÃO DA EFICÁCIA DA DECISÃO NO MANDADO DE INJUNÇÃO.

Acerca do assunto da eficácia e extensão dos efeitos da decisão em sede de Mandado de Injunção, inicialmente o Supremo Tribunal Federal adotou a chamada tese não concretista, destacando-se o Mandado de Segurança n. 107/DF¹¹. Segundo esta corrente, ao conceder a injunção, reconhecendo a inconstitucionalidade da omissão legislativa, o Poder Judiciário deveria apenas comunicar o Poder, entidade, órgão ou autoridade que estivesse sendo omissa. Assim, esta corrente equiparava o Mandado de Injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.¹²

Nesse sentido, defendendo uma interpretação mais restritiva do instituto, era o entendimento do jurista Calmon de Passos, para quem o mandado de injunção seria uma ação de inconstitucionalidade por omissão subsidiária.¹³

Para essa tese, o Poder Judiciário não poderia inovar no ordenamento jurídico por meio da criação de uma norma ou pela determinação de aplicação analógica de uma norma já existente, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes, postulado no art. 2º da CRFB¹⁴. Do contrário o Judiciário estaria extrapolando os seus poderes, exercendo um papel de legislador que cumpre ao Poder Legislativo.

Tal posicionamento não era muito bem aceito por parte da doutrina, a qual o considerava conservador, pois esvaziava o instituto ao dar a ele os mesmos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, dificultando sua utilização como garantia

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 107. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81745>>. Acesso em: 24 ago. 2016

¹² CHADDAD, Maria Cecília Cury; PIOVESAN, Flávia. Efeitos da decisão em mandado de injunção. In: Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação. MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 441-460.

¹³ PASSOS, Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data*: Constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 100-102.

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

constitucional processual dos direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania cujo exercício tenha sido inviabilizado pela inexistência de norma regulamentadora.

Sobre o tema, os autores Ingo Sarlet e Lenio Streck ensinam que, apesar de haver um reconhecimento de uma inconstitucionalidade por omissão, o efeito principal da decisão em sede de mandado de injunção é assegurar a fruição do direito pleiteado pelo impetrante, cujo exercício vinha sendo obstaculizado pela ausência de regulamentação.¹⁵

A partir de 2007, o STF, com o julgamento dos MI n. 670¹⁶, 708¹⁷ e 712¹⁸, inaugurou uma nova fase interpretativa da ação constitucional, afastando a aplicação da corrente não concretista e adotando a chamada tese concretista, visando o resgate da potencialidade do Mandado de Injunção por meio da concretização de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.¹⁹

Avaliando essa nova era no posicionamento do STF acerca do mandado de injunção, Uadi Lammêgo Bulos defende que “[...] Em vez de simplesmente imputar comportamento ao Congresso Nacional, cumpre-lhe viabilizar o exercício e gozo de direito, tornados inoperantes por aqueles que, por dever de ofício, têm de regulamentá-los, mas não o fazem.”²⁰

Essa tese admite que a decisão que julga procedente o Mandado de Injunção possa, desde logo, implementar o direito requerido pelo autor, sem que outras providências sejam necessárias, ou que, antes de tornar viável o exercício do direito, o Poder, entidade, órgão ou autoridade omissa seja notificado de omissão, sendo atribuído prazo fixado pelo Judiciário para a supressão de tal omissão por meio da regulamentação do direito.

¹⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 484.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 670. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 24 ago. 2016

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 708. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 24 ago. 2016

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 712. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 24 ago. 2016

¹⁹ CHADDAD; PIOVESAN. op. cit., p. 441-460.

²⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 793.

Para o autor José Afonso da Silva, o mandado de injunção não visa obter a regulamentação prevista na normal constitucional, tampouco pedir a expedição da norma regulamentadora do dispositivo constitucional pendente de regulamentação, pois isso seria função da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.²¹

Diz ainda o supracitado autor que o impetrante do mandado de injunção agiria na busca direta do direito constitucional em seu favor, independentemente da regulamentação, cabendo ao juiz, no caso concreto, definir as condições para o direito pleiteado.²²

Ainda de acordo com a corrente concretista, a eficácia da decisão no Mandado de Injunção poderia ser aplicável apenas ao autor da ação ou ser extensível a todos aqueles que estiverem na mesma situação do autor da ação, o que é chamado de efeito *erga omnes*.

Desse modo, a corrente concretista admite que a sistemática omissão do Poder Legislativo autorize o Judiciário a garantir, de alguma forma, o exercício dos direitos constitucionalmente previstos, sem que isso, em tese, configure violação ao princípio da separação dos poderes.

A Lei 13.300/2016, ao regulamentar a eficácia objetiva da ação constitucional, seguindo a jurisprudência consolidada sobre o assunto, adotou, em seu art. 8º²³, a tese concretista.

No que tange à eficácia subjetiva das decisões, ou seja, a extensão de seus efeitos, o art. 9º da Lei 13.300/2016²⁴ determina que a decisão terá eficácia limitada às partes até o

²¹ SILVA, op. cit., p. 169.

²² Ibid., p. 170.

²³ Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das 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 do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

BRASIL. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

²⁴ Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

advento da lei regulamentadora, podendo ser-lhe conferida eficácia ultra partes ou erga omnes quando tal medida for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

Ocorre que, apesar da clara opção legislativa pela tese concretista, permanece a questão sobre como o juiz definirá, no caso concreto, as condições nas quais o direito pleiteado por meio do mandado de injunção será exercido, uma vez que o texto legal não traz qualquer parâmetro para o exercício da jurisdição nesse âmbito.

3. EFICÁCIA DA DECISÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO: O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL.

Da leitura do artigo 8º, inciso II, da Lei 13.300 de junho de 2006²⁵, ao dispor que é possível ao julgador, quando do reconhecimento de mora legislativa, estabelecer condições para o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas pleiteados, nota-se que ao Poder Judiciário foi atribuída uma função que não é lhe é típica, considerando-se a clássica divisão dos Poderes.²⁶

A Constituição da República de 1988, em seu art. 2º²⁷, adotou prestigiou o princípio da separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A cada um dos Poderes foram atribuídas suas funções típicas – ao Legislativo, legislar, ao Executivo, administrar, e ao

§ 1º Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

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

§ 3º O indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios.

BRASIL. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

²⁵ BRASIL. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

²⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 166. Montesquieu, ao elaborar a teoria da repartição dos Poderes em três, visava que cada um dos poderes fosse autônomo, porém aliado aos demais poderes, com o fito de fiscalização e controle mútuos, uma vez que o poder que não limites tende a se corromper.

²⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2016. Ver artigos 96 a 100 da CRFB/88

Judiciário, julgar -, mas também a Constituição prevê a eles funções atípicas²⁸, a exemplo do Judiciário, que deve administrar sua própria estrutura e cada tribunal deve elaborar o seu próprio Regimento Interno.²⁹

Observa-se que a eficácia objetiva da decisão final em sede de mandado de injunção conforme prevista no art. 8º, inciso II da Lei 13.300 de junho de 2016³⁰, não se encaixa em nenhum das funções atípicas, uma vez que o juiz usará de sua discricionariedade para estabelecer as condições em que os direitos, liberdades e prerrogativas serão exercidos, uma vez que não há norma regulamento o que se pleiteia.

Em razão disso é importante discutir a atuação do Poder Judiciário junto aos outros Poderes, verificando se há violação ao princípio constitucional da separação de poderes, com uma possível exacerbação de suas funções.

A possibilidade de concretização judicial das normas constitucionais carentes de regulamentação em sede de mandado de injunção 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 – isso seria, em síntese, a ideia do diálogo institucional, interpretação contemporânea do princípio da separação dos poderes, segundo a qual os poderes devem interagir entre si, inclusive exercendo funções que seriam típicas dos outros poderes, com o fito de atender a máxima efetivação dos direitos fundamentais.³¹

²⁸ Ibid.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 868 – 874.

³⁰ BRASIL. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

³¹ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Diálogo institucional: o debate entre o STF e o congresso nacional sobre interpretação da constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 91, v. 23, 2015. p. 205-244.

O princípio da separação dos poderes não pode ser utilizado equivocadamente de maneira a justificar a inércia dos órgãos, entidades e autoridades que compõem o Poder Público, frustrando o acesso aos direitos fundamentais. Deve-se buscar, na verdade, conciliar o respeito aos direitos fundamentais e as funções políticas, ambos previstos na Constituição, de modo a otimizar a aplicação imediata das normas que preveem os direitos fundamentais, ainda que carentes de regulamentação.

Importante frisar que os direitos fundamentais que só garantem seu potencial democrático quando possuem meio eficaz de concretização e este meio, processualmente falando, seria o mandado de injunção. A norma jurídica criada com a decisão em sede de mandado de injunção que reconhece a omissão inconstitucional e cria solução para o caso concreto, assim, se equipara às demais decisões judiciais, nas quais o Judiciário não cumpre o papel de legislador, mas sim de aplicador do direito em causa, efetivando uma força normativa preexistente no texto constitucional.³²

Atente-se para o fato de que a decisão em mandado de injunção não implica, desde logo, no exercício do direito, liberdade ou prerrogativa pleiteada, pois é necessário que se proponha a ação adequada para que o direito seja efetivamente exercido pelo interessado.

Saliente-se, por fim, que ao juiz cabe certo grau de discricionariedade, que, segundo Mauro Cappelletti, “[...] não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos”.³³ Afirma, ainda, que o processo legislativo não diverge muito do processo jurisdicional, cabendo ao magistrado observar os limites legais a sua criatividade, que nada mais é o que já existe no ordenamento jurídico, em especial a Constituição.

CONCLUSÃO

³² PASSOS, op. cit., p. 98.

³³ CAPPELLETI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 23 – 27.

A lei que regulamenta o mandado de injunção, ainda que tenha adotado a teoria concretista para a decisão final que reconhece a omissão inconstitucional, deve-se considerar que o objetivo maior da ação constitucional é dar maior efetividade aos direitos previstos na Constituição e que não se trata de usurpação de função típica do Poder Legislativo.

A acepção clássica da separação dos poderes deve ser afastada, pois não mais está em consonância com as necessidades atuais da sociedade, que evolui de maneira muito mais rápida que as leis regulamentadoras dos direitos e garantias, de modo que não se pode esperar pelo procedimento legislativo pouco célere e burocrático para que se tenha acesso a tais direitos.

Por meio do diálogo institucional o Poder Judiciário pode atuar de maneira mais eficaz na aplicabilidade dos direitos fundamentais, evitando as omissões inconstitucionais que tanto prejudicam a sociedade, sem que com isso cause atrite e viole a separação dos poderes, sem pretensões de substituir os demais poderes.

Sendo assim, a tardia, porém bem vinda, regulamentação do mandado de injunção, representa um enorme avanço na evolução e manutenção do Estado Democrático de Direito, uma vez que com esse mecanismo de garantia de maior efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos por meio da supressão da ausência de uma norma torna-se viável o que era inviável.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2016. Ver artigos 96 a 100 da CRFB/88.

_____. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 07 out. 2016

_____. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI n. 107. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81745>>. Acesso em: 24 ago. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. MI n. 670. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 24 ago. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. MI n. 708. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 24 ago. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. MI n. 712. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 24 ago. 2016

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

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

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PASSOS, Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Diálogo institucional: o debate entre o STF e o congresso nacional sobre interpretação da constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 91, v. 23, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.