

Mandado de injunção e separação dos Poderes

*Elival da Silva Ramos*¹
Procurador do Estado

Sumário: 1. O princípio da separação dos Poderes; 2. Ativismo judicial e mandado de injunção; 3. O Projeto de Lei n. 6.128/09 e a separação dos Poderes. 4. Conclusão.

1. O princípio da separação dos Poderes

O Estado democrático nasce sob o signo da juridicização do poder. A teoria do Poder Constituinte se, por um lado, importa no reconhecimento de que a origem do ordenamento jurídico se dá a partir de um ato de soberania, o qual, por conseguinte, não pode ser por aquele limitado ou condicionado, por outro, consubstancia uma proposta de institucionalização do poder, que passa a ser exercido pelos órgãos indicados na Constituição e na forma por ela prescrita (e também de acordo com as normas de conteúdo por ela antecipadamente impostas)². Dado o êxito do movimento jurídico-político que ficou conhecido como constitucionalismo³, esse Estado submetido ao direito se tornou sinônimo de Estado constitucional, em que uma das peças-chave, inquestionavelmente, é o princípio da separação dos Poderes.

Muito embora se possa encontrar desde a Antiguidade alguns elementos que viriam a compor o núcleo do princípio, o certo é que apenas com as revoluções liberais do século XVIII lhe foi conferida a formulação com a qual se tornou conhecido, especialmente a partir da obra de Montesquieu, *O espírito das leis*⁴. Até os albores da Idade Moderna, prevaleceu a ideia de que o êxito de um sistema de governo, no sentido de maior favorecimento ao bem comum, dependia antes da distribuição de seu exercício entre as principais forças sociais do que do rateio das funções estatais entre diferentes órgãos

¹ Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito Constitucional; Procurador do Estado de carreira, ocupando, atualmente, o cargo de Procurador-Geral do Estado; Vice-Presidente do Instituto Pimenta Bueno - Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

² Como é sabido, foi Emmanuel Joseph Sieyès quem primeiro esboçou a teoria do Poder Constituinte, em plena turbulência do processo político que culminaria com a Revolução de 1789. Em seu opúsculo *Qu'est-ce que le Tiers État?*, Sieyès declara solenemente que “a nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo”, pois “sua vontade é sempre legal, é a própria lei” (com a ressalva dos limites éticos a que também ela está sujeita, na forma do direito natural). Todavia, ao propor uma nova feição institucional ao Poder Legislativo (que deveria ser assumido pelo terceiro estado), o mesmo autor ressalta que tal objetivo deveria ser alcançado por meio de uma Constituição: “É impossível criar um corpo para um determinado fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para que preencha as funções às quais quisemos destiná-lo. Isso é o que chamamos a *constituição* desse corpo.” Cf. *A Constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?*, organização e introdução Aurélio Wander Bastos, tradução Norma Azeredo, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1986, p. 116-7.

³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho refere-se ao constitucionalismo como o movimento político e jurídico que “visa a estabelecer em toda parte *regimes constitucionais*, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas”. Cf. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 7.

⁴ Cf. Pietro Virga, *Diritto Costituzionale*. 9. ed. Milão, Giuffrè, 1979, p. 67.

de poder, vale dizer, antes da concretização do ideal do governo misto do que da separação de Poderes⁵. No Capítulo VI, do Livro XI, de *O espírito das leis*, Charles Louis de Secondat, a pretexto de descrever a Constituição da Inglaterra, faz a defesa enfática da monarquia limitada⁶, em que as três funções estatais então por ele identificadas (legislativa, executiva e judiciária) são atribuídas a órgãos distintos, dotados de prerrogativas de independência institucional (Poderes), disso resultando um sistema de freios e contrapesos inibidor de abusos e altamente benéfico à liberdade individual^{7, 8}.

Portanto, o princípio da separação dos Poderes parte da identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, para a consecução de seus fins⁹, o que, à evidência, está sujeito a toda sorte de condicionamentos históricos, não se podendo, por exemplo, impugnar a cientificidade do modelo concebido por Montesquieu, no século XVIII, tendo em vista a implantação de um Estado democrático-liberal, com os olhos voltados para o *welfare state* de nossos dias. Esse elemento é o que mais profundamente mergulha no tempo, por estar relacionado à própria ideia de divisão de trabalho. Em segundo lugar, propõe-se que essas funções sejam atribuídas a estruturas orgânicas independentes entre si, o que exige dotar-se cada uma delas de determinadas prerrogativas institucionais e os seus titulares de garantias funcionais, estando a eles vedada, por outro lado, a participação em funções estranhas ao aparato orgânico a que se vinculam¹⁰. É de se acrescentar, ainda, que a afetação das funções aos órgãos deve ser feita de modo a se obter uma relativa especialização funcional, ou seja, cada aparato orgânico deve, *predominantemente*, exercer uma delas, sendo estruturado com vista ao exercício adequado da atividade¹¹, admitindo-se, pois, um certo compartilhamento

⁵ Como anota Norberto Bobbio, no *Dicionário de Política*, por ele escrito juntamente com Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, 5. ed., tradução Carmen C. Varrialle & outros, coordenação da tradução João Ferreira, revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais, Brasília, UNB, São Paulo, IMESP, 2000, v. 1, p. 559, “em seu significado original, o Governo misto é o resultado da distribuição do poder entre as diversas forças sociais, cuja colaboração há de servir para manter a concórdia necessária à convivência civil”, ao passo que “a separação dos poderes resulta, em vez disso, da distribuição das três funções principais do Estado, legislativa, executiva e judiciária, por órgãos diversos”.

⁶ Nesse sentido preleciona Manoel G. Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 136.

⁷ Com efeito, afirma Montesquieu que “estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”. Isto porque “é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele”, salvo se, “pela disposição das coisas, o poder freie o poder”. Cf. *O espírito das leis*, 6. ed., introdução e tradução Pedro Vieira Mota, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 168 e p. 165.

⁸ Nicola Matteucci, *Dicionário de Política*, cit., v. 1, p. 248-9, observa que a proposta de Montesquieu, na verdade, combina a técnica da separação de Poderes, com o ideal do governo misto, porquanto, depois de assentar a separação funcional entre os órgãos de poder, “à medida que se vai adentrando no exame da Constituição inglesa, o problema ou a solução vão mudando”: “Na técnica da separação dos poderes é introduzido um novo elemento: a divisão do poder legislativo (...) entre as classes ou os Estados medievais do reino. Na realidade, o Parlamento inglês é constituído pelo rei, pela nobreza temporal e espiritual, e pelo povo. Montesquieu, para obter o equilíbrio efetivo entre os diversos poderes, introduz em sua construção o ideal clássico do Governo misto, que fora buscar ao próprio pensamento político inglês.”

⁹ A correlação entre funções e fins do Estado é posta com precisão por Jorge Miranda, *Manual*, Coimbra, Coimbra, 1997, t. 5, p. 9-10, ao aludir à função no sentido de tarefa ou de atividade: “A tarefa não é que um fim do Estado concretizado em certa época histórica, em certa situação político-constitucional, em certo regime ou Constituição material. Por seu turno, a função enquanto actividade (a descobrir por via de uma análise espectral da obra do Estado, dos seus órgãos, agentes e serviços) não vem a ser senão um meio para atingir esse fim, qualificado sob certo aspecto; e, se a tarefa implica a adstrição de um comportamento (positivo), tão pouco a actividade existe por si mesma.”

¹⁰ Como bem lembra J. J. Gomes Canotilho, “a imposição constitucional de uma estrutura orgânica funcionalmente adequada vai até ao ponto de, no *plano pessoal*, conformar um *estatuto jurídico-constitucional* específico, tendente a evitar quaisquer ‘uniões pessoais’ dos órgãos de soberania”. Cf. *Direito Constitucional*, 7. ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 558.

¹¹ Sobre esse ponto, aduz Canotilho, ob. cit., p. 552, que o princípio da separação dos Poderes “exige uma estrutura *orgânica funcionalmente adequada*”, o que significa que “a cada órgão de soberania, dotado de determinadas características, é atribuída a função que ele pode desempenhar de uma forma mais adequada (ou da única forma adequada) da que seria se ela fosse atribuída a outros órgãos”.

de funções, genérico ou individualizado¹². Esse ponto ótimo do rateio de funções entre os Poderes (estruturas orgânicas independentes) deve ser encontrado com o foco na finalidade do arranjo institucional, que é a limitação do poder estatal, no interesse da liberdade. Nesse terceiro aspecto reside a contribuição inovadora da proposta veiculada no *Espírito das leis*, porquanto se na *Política* de Aristóteles já se fez um inventário das funções estatais, nada autoriza a concluir que o Estagirita “observasse empiricamente ou desejasse teoricamente a atribuição dessas três funções a diferentes órgãos”¹³.

Porém, se o princípio da separação dos Poderes consagrado nas Constituições democráticas contemporâneas se filia, histórica e ideologicamente, ao modelo concebido sob inspiração do liberalismo setecentista, não pode ser compreendido sem a indispensável imbricação com um determinado sistema constitucional, que lhe confere características peculiares, de modo a torná-lo único em sua concreta encarnação daquele arquétipo. Nesse sentido, Konrad Hesse insiste que a separação dos Poderes deve ser considerada um *princípio da Constituição*, da qual “obtem sua forma histórica atual e contornos claros”:

*Para tal consideração não decide um dogma abstrato sobre isto, se, e até que ponto, a divisão de poderes na Constituição é ‘realizada completamente’. Critério de realização é, antes, a organização concreta pela Constituição, à qual é importante aqui, como em toda parte, uma ordem material determinada da atividade de forças históricas reais.*¹⁴

Não apenas as funções estatais se alteram em razão da concepção que se tenha a propósito das finalidades do Estado, mas, também, o número de órgãos constitucionalmente previstos varia em face da maior ou menor amplitude do catálogo de atividades a serem por eles desempenhadas. Ademais, se em um Estado que se ocupe, primordialmente, da contenção do poder a rígida distribuição de funções, com hipóteses restritas de interpenetração de competências, se afigura satisfatória, no contexto de um Estado que combine a proteção da liberdade com a construção da igualdade, o rateio funcional há que assumir contornos profundamente diversos, compatíveis com a necessária eficiência na atuação estatal, admitindo-se, sem pudores, o compartilhamento de atividades e o exercício de múltiplas funções por um mesmo órgão.

O princípio da separação dos Poderes envolve, destarte, uma articulação entre os órgãos e funções do Estado, razão pela qual Canotilho o apresenta como “um princípio

¹² O compartilhamento ocorre, sob o prisma genérico, tendo em vista a configuração abstrata da função, ao passo que há compartilhamento específico se existir colaboração na prática de ato que constitua uma de suas possíveis manifestações.

¹³ Veja-se Karl Loewenstein, *Teoria de la Constitución*, 2. ed. esp., trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1976, p. 57.

¹⁴ Cf. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, 20. ed. alemã, tradução Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Fabris, 1998, p. 368. Em reiterados julgados, o Supremo Tribunal Federal tem sublinhado que o princípio da separação dos Poderes é preservado por aquela Excelsa Corte em consonância com a sua expressão no direito constitucional positivo brasileiro: “O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República.” Cf. acórdão proferido em 7-8-1997, no julgamento da ADI nº 98-5/MT, sob a relatoria do Min. Sepúlveda Pertence (DJ 31-10-1997).

organicamente referenciado e funcionalmente orientado". No tocante ao primeiro aspecto, importa ter presente que se está a cuidar da separação entre as estruturas orgânicas que exercem o poder estatal (em cujo topo estão os denominados órgãos de soberania¹⁵), em razão de um critério funcional, não havendo, pois, que se falar em quebra da unidade do poder do Estado. Em relação ao segundo aspecto, cabe lembrar que "os atos por meio dos quais se manifesta a vontade do Estado" podem ser vistos sob o prisma formal ou material. Sob o ângulo formal, os atos estatais são ordenados considerando-se a qualidade do órgão dos quais emanam ou a forma da qual são revestidos, que, em regra, está associada ao órgão competente para produzi-los. Já sob o ângulo material, se considera "o conteúdo do ato, independentemente do órgão do qual emana e da forma que o reveste". Pois bem, o princípio constitucional em tela, arremata Pietro Virga, "reafirma a subdivisão das funções estatais (...) segundo o seu conteúdo material"¹⁶.

As Constituições que consagram os postulados do Estado de Direito jamais deixam de indicar quais são os órgãos titulados ao exercício do poder estatal (os Poderes, com "p" maiúsculo, na terminologia do constitucionalismo brasileiro). No entanto, nem sempre indicam, de modo expresso, a função (ou funções) que lhes compete exercer, com preferência em relação aos demais¹⁷, e mais raramente ainda se ocupam da caracterização material dessa atividade. Ambas as tarefas, de toda sorte, acabam sendo cumpridas pela doutrina e pelos operadores do sistema, tendo como referencial o elenco de atos incluídos no rol de competências dos órgãos de poder¹⁸. E se o fazem é porque não há como deixar de assim proceder, diante da acolhida do princípio da separação no Texto Magno, que exige, como já se salientou, a identificação da função estatal associada a cada um dos Poderes, sob o prisma substancial. Tal função típica admite, em alguma medida e nos termos expressamente prescritos pela Constituição, o compartilhamento interorgânico, mas sempre haverá um *núcleo essencial* da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente. De outra parte, como as atividades estatais se articulam entre si, o exercício de função que se aparte de suas características materiais intrínsecas acabará, inevitavelmente, resultando em interferência indevida na esfera de competência de outro Poder, com risco de seu esvaziamento, dado o efeito multiplicador decorrente da imitação de modelos de conduta institucionais¹⁹.

¹⁵ O art. 111, n. 1, da Constituição portuguesa estabelece que "os órgãos de soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição", após haver declarado, no art. 110, n. 1, que "são órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembléia da República, o Governo e os Tribunais". É de se notar, por outro lado, que o Governo é "o órgão superior da Administração Pública" (art. 182), cujo aparato orgânico não o integra.

¹⁶ Cf. *Diritto Costituzionale*, 9. ed., Milão, Giuffrè, 1979, p. 61.

¹⁷ Na Constituição italiana, de 27-12-1947, das quatro funções fundamentais identificadas pela doutrina (legislativa, administrativa, jurisdicional e de governo – cf. Pietro Virga, ob. cit., p. 62), duas delas são explicitamente atreladas a determinados aparatos orgânicos. Assim sendo, no art. 70 se estabelece que "a função legislativa é exercida coletivamente pelas duas Câmaras", enquanto no art. 102, primeiro parágrafo, se estatui que "a função jurisdicional é exercida por magistrados ordinários, instituídos e disciplinados pelas normas sobre a organização judiciária".

¹⁸ Assim laborou Jorge Miranda, ao buscar traçar um quadro das funções do Estado na Constituição portuguesa de 1976: *Manual*, cit., t. 5, p. 19-21.

¹⁹ É esse o conspícuo ensinamento de Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 559: "Do facto de a CRP consagrar uma estrutura orgânica funcionalmente adequada é legítimo deduzir que os órgãos especialmente qualificados para o exercício de certas funções não podem praticar actos que materialmente se aproximam ou são mesmo característicos de outras funções e da competência de outros órgãos (...). Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a *uma função corresponde um titular principal*, sempre se coloca o problema de se saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro."

O fenômeno do ativismo judicial, que tem atraído a atenção da doutrina constitucional brasileira, consiste, precisamente, na ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa²⁰, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário²¹, e, sim, da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

A observância da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consecutórios, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados. Há, pois, a necessidade de se perquirir quais são, em linhas generalíssimas, as notas materiais da jurisdição. Os processualistas costumam versar o assunto em sede de Teoria do Processo, que engloba os estudos dedicados aos conceitos-chave do Direito Processual. Nessa ótica, aduz-se que a jurisdição “expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo”. A função jurisdicional consubstancia, por conseguinte, um instrumento para a atuação do direito objetivo, visto que “ao criar a jurisdição no quadro de suas instituições, viu o Estado a garantir que as normas de direito substancial contidas no ordenamento jurídico efetivamente conduzam aos resultados enunciados, ou seja: que se obtenham, na experiência concreta, aqueles precisos resultados práticos que o direito material preconiza”. Todavia, ao escopo jurídico do processo jurisdicional se devem adicionar os seus objetivos sociais, consistentes na resolução de conflitos intersubjetivos ou pendências jurídicas cuja persistência pode comprometer a paz e a ordem na sociedade.²² Não discrepa desse delineamento o escólio de Jorge Miranda, tendo como norte um texto constitucional que arrola os principais objetivos da jurisdição²³. Para o constitucionalista da Universidade de Lisboa, “na função jurisdicional define-se o Direito (*juris dictio*) em concreto, perante situações da vida (litígios entre particulares, entre entidades públicas e entre particulares e entidades públicas, e aplicação de sanções), e em abstrato, na apreciação da constitucionalidade e da legalidade de normas jurídicas”²⁴. Assiste-lhe inteira razão ao equiparar o contencioso objetivo ao contencioso subjetivo em termos de exercício da função jurisdicional, pois tanto neste quanto naquele existe a aplicação

²⁰ Desde a obra clássica sobre o ativismo judicial de Eduard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, 2. ed., pref. Franck Moderne, Paris, Dalloz, 2005, se associa o ativismo judicial à ingerência no tocante à função legislativa. Nas palavras de Lambert, “o sistema de governo, que decorre, nos Estados Unidos, da associação cada vez mais estreita dos tribunais com a direção dos rumos da legislação, foi qualificado de governo pelo judiciário”, para, depois, acrescentar: “A conquista da supremacia política pelo judiciário se realizou, sobretudo, às expensas do poder legislativo e por uma invasão no domínio do statute-law.” Ob. cit., p. 8 e 16.

²¹ Foi o que fez, por exemplo, a Constituição brasileira de 1988, que, dentre outras prerrogativas institucionais, conferiu ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça a iniciativa privativa de leis nas matérias arroladas nas alíneas do inc. II, do seu art. 96.

²² Veja-se Antônio Carlos de Araújo Cintra & outros, *Teoria geral do processo*, 12. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 129-31.

²³ Estabelece o art. 202, n. 2, da Constituição de Portugal: “Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados.”

²⁴ Cf. *Manual*, cit., t. 5, p. 29.

do direito objetivo a uma situação fática que a ele se ajusta, quer compreenda esse suporte fático um litígio envolvendo direitos e interesses subjetivos, quer se reduza à verificação da adequação, formal e material, de um ato legislativo (que atua sobre a configuração do ordenamento, mas a ele também se submete) à Constituição. Em ambos os casos, ademais, estará presente a finalidade de pacificação social, muito embora no controle abstrato de normas esse objetivo seja atingido, indiretamente, fora dos limites estritos do processo (que não compõe lide alguma), dada a ampla eficácia subjetiva da decisão nele proferida. Por certo a função jurisdicional, além de ser entregue a um aparato orgânico estruturado para bem fazê-la atuar, é exercida por meio de um processo cujas notas tipificadoras (inércia, substitutividade, definitividade, contraditório, etc.) guardam estreita relação com a sua conformação material. Contudo, quando se investiga suposto desvio no exercício da jurisdição, com ofensa ao princípio da separação dos Poderes, o que compete é averiguar se existiu a desnaturação substancial da atividade e não o afastamento de seu conduto formal.

Tradicionalmente se aponta o caráter executório da jurisdição²⁵, em contraponto à natureza criativa ou inovadora da legislação. As leis, por conseguinte, em sentido material seriam atos veiculadores de normas gerais, abstratas e inovadoras da ordem jurídica²⁶, ao passo que as decisões judiciais seriam meros atos de aplicação dessas normas. Todavia, indaga-se se esse modo de pensar a função jurisdicional ainda pode subsistir após a descrição kelseniana da dinâmica dos sistemas jurídicos:

Uma norma que regula a produção de outra norma é aplicada na produção, que ela regula, dessa outra norma. A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É errado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior.²⁷

Quanto mais se tivermos em mente a evolução ocorrida no âmbito da Hermenêutica, que tornou patente a natureza híbrida, cognoscitiva e criativa da atividade exegética, a qual propicia, mais do que a aplicação, a concretização de normas, cujos elementos estão apenas contidos *in fieri* nos textos legislativos. As decisões judiciais, portanto,

²⁵ Essa predisposição executória, no tocante à moldura normativa do ordenamento, também está presente na função administrativa, que, entretanto, difere fundamentalmente da função jurisdicional, pois “enquanto a administração visa à satisfação dos interesses que o Estado assume como próprios, a jurisdição visa à justa composição da lide” (cf. Pietro Virga, ob. cit., p. 64). No primeiro caso, a atuação da lei é meramente instrumental, ao passo que a jurisdição vê na atuação do direito o seu fim imediato, associado, por certo, com os objetivos sociais inerentes à preservação da ordem jurídica (paz, ordem, segurança jurídica, isonomia, etc.). Por seguir a escola francesa, que não vê diferença essencial entre a função administrativa e a jurisdicional, Manoel Gonçalves Ferreira Filho sustenta que entre uma e outra existe unicamente distinção quanto ao modo de exercício: cf. *Curso*, cit., p. 136.

²⁶ Dentre tantos outros, é essa a configuração que Pietro Virga, ob. cit., p. 62, empresta à função legislativa: “A função legislativa atua mediante a produção de normas constitutivas do ordenamento jurídico e, portanto, de regras gerais, abstratas e inovadoras.”

²⁷ Cf. *Teoria pura do Direito*, 2. ed. bras., tradução João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1987, p. 252-3.

são necessariamente criativas e inovadoras, não apenas porque geram a denominada norma de decisão (ponto culminante do processo de concretização normativa), mas, principalmente, porque esta não se limita a reproduzir o que está nos textos paramétricos, os quais são desdobrados, adaptados e, porque não dizer, enriquecidos para poderem disciplinar adequadamente a situação fática que provocou a atuação da jurisdição. Entretanto, não se pode negar que a liberdade de criação deferida pelo sistema jurídico aos aplicadores oficiais do direito é significativamente menor do que aquela reservada ao Poder Legislativo ou ao órgão que com ele compartilhe a função legislativa. O próprio Kelsen assim o reconheceu, ao asseverar que os tribunais constitucionais, por estarem jungidos à Constituição, exercem função similar a de qualquer outro órgão do Poder Judiciário, consistindo, primacialmente, na aplicação do direito e apenas em pequena medida na sua criação²⁸. Tenho para mim que o requisito da inovação do ordenamento jurídico, mormente se atentarmos para a sua completa estrutura escalonada²⁹, não serve à distinção entre as funções ditas de aplicação do direito (jurisdição e administração) e a função legislativa. Todavia, se observarmos o nível hierárquico em que são postos os atos legislativos e o predomínio do fator constitutivo ou executório em relação às normas disciplinadoras de conduta, assim entendidas aquelas diretamente voltadas à regulação do comportamento dos sujeitos de direito³⁰, podem-se caracterizar os atos legislativos, materialmente, como veiculadores de normas gerais, abstratas e situadas no nível primário do ordenamento, logo abaixo do nível constitucional, contribuindo de maneira predominantemente constitutiva para o seu desenvolvimento. Por seu turno, os atos jurisdicionais estão situados em escalão inferior da ordem jurídica, com referência aos atos de legislação, e se voltam, precipuamente, à atuação de atos normativos superiores, contribuindo, apenas, moderada e limitadamente, na modelagem do conteúdo desses atos.

Se não se pode afirmar que o ativismo judicial esteja necessariamente associado a Estados cujas Constituições adotam como dogma a independência e harmonia entre os Poderes, não é menos verdadeiro que a identificação do fenômeno, em geral, provenha desses sistemas constitucionais. Com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica na 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.

2. Ativismo judicial e mandado de injunção

Como é sabido, até recentemente o Supremo Tribunal Federal se recusava a exercer competência normativa em sede de mandado de injunção, prevalecendo a orientação assentada no julgamento do Mandado de Injunção n. 107-3/DF, que, praticamente,

²⁸ Cf. *Jurisdição constitucional*, introdução Sérgio Sérulo da Cunha, tradução Alexandre Krug, Eduardo Brandão & Maria Ermantina Galvão, Martins Fontes, 2003, p. 153.

²⁹ Na *Teoria pura do Direito*, cit., p. 240-83, Kelsen faz uma completa descrição da estrutura escalonada da ordem jurídica, a partir da Constituição e até os negócios jurídicos e atos administrativos.

³⁰ Inconfundíveis, portanto, com as normas de decisão, que constituem antes a solução de um litígio ou de uma controvérsia (no contencioso objetivo), mediante a atuação de uma norma de conduta, e que somente de modo indireto regulam comportamentos.

equiparava o instituto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. É certo que, conquanto limitadamente, em duas situações específicas, já houvera o STF admitido a possibilidade de ministrar suprimento normativo para o caso concreto submetido a julgamento, viabilizando o exercício do direito constitucional afetado pela omissão legislativa. Cuidava-se, então, de dar efetividade às normas do § 3º, do artigo 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (direito à reparação econômica de pessoas prejudicadas por atos do Ministério da Aeronáutica, à época do regime militar), e do § 7º, do artigo 195, da Constituição de 88 (direito à isenção de contribuição previdenciária para entidades beneficentes de assistência social), normas estas de eficácia limitada, de natureza preceptiva, as quais, a par disso, continham todos os elementos necessários à sua imediata incidência, diferida apenas por condicionamento formal imposto pelo Constituinte³¹. Nesse sentido, as decisões proferidas nos Mandados de Injunção n. 283-4/400, 284-3/400, 543-5/DF e 562-9/RS³², todos atinentes ao § 3º, do artigo 8º, do ADCT, e no Mandado de Injunção n. 232-1/400³³, concernente ao § 7º, do artigo 195, da Constituição, as quais, inclusive, acenaram para a atribuição de efeitos *erga omnes* ao então decidido, sem que, entretanto, a interpretação do dispositivo desses acórdãos autorize conclusão nesse sentido³⁴.

No julgamento do Mandado de Injunção n. 721-7/DF, operou-se significativa modificação na diretriz aludida, passando-se a emprestar à decisão que acolhe o pedido de injunção natureza constitutivo-condenatória ou constitutivo-mandamental, importando, em maior ou menor extensão (objetiva e subjetiva), no oferecimento da disciplina normativa reclamada³⁵. Essa novação jurisprudencial, de há muito postulada pela doutrina, parece-me acertada por ao menos três motivos: em primeiro lugar, ajusta-se melhor ao princípio da força normativa da Constituição e ao subprincípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais; em segundo lugar, proporciona mais adequada sistematização da matéria atinente ao combate da omissão inconstitucional, pois não há de existir dois instrumentos que o façam com os mesmos efeitos práticos; finalmente, também em atenção ao elemento sistemático, visto sob um outro ângulo, a efetivação, em concreto, de direitos fundamentais sediados em normas carentes de regulação infraconstitucional, resulta em se adensar o sentido da norma do § 1º, do artigo 5º, da Constituição³⁶.

³¹ As normas constitucionais referidas enquadravam-se na categoria intitulada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho de normas não-auto-executáveis *condicionadas*, isto é, “que, embora pareçam suficientemente definidas na hipótese e no dispositivo, foram condicionadas pelo constituinte a uma lei posterior, que precise os seus elementos integrantes”. Cf. *Curso*, cit., p. 13.

³² Indico a data de julgamento e de publicação do acórdão dessas injunções: MI n. 283-5 (j. 20-3-91; DJ 14-11-91); MI n. 284-3 (j. 22-11-91; DJ 26-6-92); MI n. 543-5 (j. 26-10-2000; DJ 24-5-2002); MI n. 562-9 (20-2-2003; DJ 20-6-2003).

³³ O MI n. 232-1 foi julgado em 2-8-1991, com publicação do respectivo acórdão no DJ de 27-3-92.

³⁴ Tanto assim que no acórdão referente ao MI n. 283-5, após declarar a mora legislativa em relação ao disposto no art. 8º, § 3º, do ADCT, e fixar um prazo de 60 (sessenta) dias para sua superação, o STF reconheceu somente ao impetrante “a faculdade de obter contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem” (item 4, c, da ementa do acórdão). Assim é que, por meio dos MIs n. 543-5 e 562-9, outros impetrantes foram beneficiados por novas decisões do STF sobre a mesma questão.

³⁵ Com efeito, declarou-se na ementa do acórdão proferido no MI n. 721-7/DF: “Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada”. De outra parte, “tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada”. Por fim, por se tratar de omissão relativa à legislação complementar mencionada no § 4º, do art. 40, da CF, decidiu-se que, “inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral”. O julgamento ocorreu em 30-8-2007, com publicação do acórdão no DJ de 30-11-2007.

³⁶ Reza o dispositivo que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A norma do artigo 5º, § 1º, por último referida, encerra, sobretudo, um princípio de interpretação, conexo ao da máxima efetividade, pelo qual as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais devem ser concretizadas de modo a se lhes emprestar, *sempre que possível*, eficácia plena e aplicabilidade imediata. Isso não significa, por certo, que, no sistema de direitos e garantias fundamentais, não se há de reconhecer a existência de normas de eficácia limitada, tanto preceptivas, quanto programáticas. A vinculação do postulado hermenêutico com o instituto do mandado de injunção se estabelece por servir este de remédio à falta de regulamentação de norma preceptiva, veiculadora de direito ou garantia fundamental³⁷. O próprio enunciado da norma referente ao *writ*, todavia, demonstra que agiu o Constituinte com plena consciência dos limites da força normativa da Constituição, ao restringir a ação mandamental ao enfrentamento da omissão concernente ao dever de implementação de normas de eficácia limitada *preceptivas*. Se não é unicamente a falta de norma regulamentadora que torna inviável o pleno exercício de direitos fundamentais, como sucede com os direitos prestacionais associados a normas de princípio programático, não se revela cabível o mandado de injunção.

O julgamento do MI n. 721-7/DF parecia significar o ápice do processo de modelagem jurisprudencial do instituto, com o triunfar definitivo da corrente doutrinária que situava o mandado de injunção no âmbito do controle incidental da omissão legislativa, instaurando contencioso de natureza concreta e subjetiva. De outra parte, registrava-se nesse acórdão, sufragado pela unanimidade dos integrantes da Corte Suprema, uma evolução no tocante ao decidido nos MIs n. 283-4 e 232-1, já que, desta feita, se assegurou à impetrante, desde logo, o direito cuja efetivação houvera sido obstada pela ausência de legislação integrativa (direito do servidor à aposentadoria em condições especiais – art. 40, § 4º, da CF), ao passo que, anteriormente, a concessão da injunção houvera apenas removido a carência normativa (atribuindo eficácia plena aos dispositivos constitucionais invocados), porém remetendo os impetrantes às vias ordinárias para a concretização de seus direitos³⁸.

No entanto, no julgamento dos Mandados de Injunção n. 670-9/ES, 708-0/DF e 712-8/PA³⁹, referentes à mora congressual na regulamentação do direito de greve do servidor público (art. 37, VII, da CF), mora esta que já houvera sido declarada pelo STF em outras ações mandamentais⁴⁰, evoluiu a Corte para abraçar a posição mais ousada em matéria

³⁷ Essa relação também foi estabelecida por José Afonso da Silva, em seu *Curso de Direito Constitucional positivo*, 27. ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 448: “Sua principal finalidade (do mandado de injunção) consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se, neste quadrante, como um instrumento da realização prática da disposição do art. 5º, § 1º.”

³⁸ Roberto A. Castellanos Pfeiffer, em sua obra *Mandado de injunção*, São Paulo, Atlas, 1999, p. 93-4, anotava que o entendimento que vinha recebendo maior aceitação no âmbito doutrinário era o de que o Poder Judiciário, uma vez verificada a omissão, deveria “viabilizar o exercício do direito, liberdade ou prerrogativas constitucionais”: “Caberia, então, ao órgão julgador remover o obstáculo consistente na ausência de regulamentação, formulando os preceitos a serem observados para a efetivação da norma constitucional no caso concreto analisado, sem estender esta regulamentação para casos análogos.” Todavia, para alguns dos partidários desta corrente (concretista), “o órgão jurisdicional competente para a apreciação do mandado de injunção restringir-se-ia a remover o obstáculo oposto ao pleno exercício do direito de liberdade ou prerrogativa constitucional, por meio da formulação de regulamentação supletiva, válida apenas para o caso concreto e que fixaria os contornos necessários para o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa até então não fruído pelo seu titular” (nessa linha as decisões nos MIs n. 283-4 e 232-1). Já para outros integrantes dessa mesma vertente concretista, “caberia ao órgão julgador determinar que o obrigado satisfizesse o direito subjetivo do impetrante, regulamentado *incidenter tantum*” (nessa linha a decisão no MI n. 721-7).

³⁹ Todas essas injunções foram julgadas no dia 25-10-2007, tendo os respectivos acórdãos sido publicados no DJ de 31-10-2008.

⁴⁰ Foi o que ocorreu nas decisões relativas aos MIs n. 20/DF (DJ 22-11-1996) e 485/MT (DJ 23-8-2002).

de suprimento normativo pela via injuncional, assumindo que lhe cabe proceder, subsidiária e provisoriamente, à regulamentação do “modo do exercício do direito com eficácia *erga omnes*”⁴¹. A ementa do acórdão proferido no MI n. 712-8/PA, da relatoria do Ministro Eros Grau, não deixa margem a dúvidas, ao declarar que “no mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos”. Os acirrados debates então travados sobre a atribuição de eficácia *erga omnes* ao suprimento normativo prestado pelo STF por meio de injunção; as ressalvas feitas pela própria maioria de que cada situação de omissão legislativa deve merecer tratamento próprio quanto à forma de ser superada; e a existência de três votos em contrário, insistindo na prevalência da orientação perfilhada no MI n. 721-7⁴², ainda deixam certas dúvidas quanto à consolidação dessa nova viragem jurisprudencial.

Muito embora, pessoalmente, entenda que a melhor interpretação do inciso LXXI, do artigo 5º, da Constituição Federal, seja aquela que prevaleceu no julgamento do MI n. 721-7, reconheço que a variante exegética que vem de ser assumida pelo STF, na apreciação das três injunções sobre o direito de greve dos servidores públicos, não se descola da textualidade do dispositivo e encontra amparo no elemento sistemático (o princípio da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais – art. 5º, § 1º, da CF), não podendo, portanto, ser refutada por incidir em ativismo judicial, muito embora se revele menos favorável ao princípio da separação dos Poderes do que a diretriz concretista-subjetivista restrita. Não se há de negar, contudo, que essa nova fonte de poderes normativos atípicos do STF⁴³ constitui um reforço aos fatores de impulsão ao ativismo⁴⁴, o que ocorreria em grau bem menor se a Corte houvesse se limitado a administrar a normatividade faltante nos limites subjetivos da lide, exercendo competência decisória próxima àquela reconhecida a qualquer órgão judicante tendo em vista a necessidade de suprimento de lacuna sistêmica⁴⁵.

⁴¹ A completa exposição dessa orientação doutrinária, inclusive com a análise das críticas a ela dirigidas, pode ser encontrada em Roberto A. Castellanos Pfeiffer, ob. cit., p. 100-6.

⁴² Com efeito, vale transcrever o decisório do acórdão prolatado em um dos mandados de injunção sobre o direito de greve dos servidores públicos: “O Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações.”

⁴³ O Min. Eros Grau, ao conduzir a maioria no MI n. 712-8, além de assumir que se cuidava, então, do exercício de função normativa pelo STF, embora não de cunho legislativo, equiparou tal atividade normativa àquela exercida por meio da expedição de súmulas vinculantes: “O Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado. Dá-se, aqui, algo semelhante ao que se há de passar com a súmula vinculante, que, editada, atuará como texto normativo a ser interpretado-aplicado.” Cf. o item 40 do voto do relator.

⁴⁴ No artigo Processo constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional (*Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 57, p. 106, out./dez. 2006), José Levi Mello do Amaral Júnior, vislumbrando a tendência, que, de fato, viria a se concretizar, de atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões concessivas de mandados de injunção, em termos de suprimento normativo da omissão legislativa, qualificou-as de uma verdadeira “medida provisória do Poder Judiciário”. Parece-me haver algum exagero nesse qualificativo, pois se trata de atividade normativa dependente de provocação e, sobretudo, da existência de omissão inconstitucional do próprio legislador ordinário, objetivamente aferível.

⁴⁵ Estabelece o art. 126 do CPC que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei”, sendo que “no julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais” e, “não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

A se confirmar em novos julgados a orientação que mantém a injunção brasileira próxima ao controle abstrato da omissão legislativa, com a prestação de suprimento normativo precário por parte do Poder Judiciário, revestido de eficácia *erga omnes*⁴⁶, caberia reavaliar a orientação assumida desde os primórdios da jurisprudência acerca do instituto, que afirmou ser tutelável pelo *writ* todo e qualquer direito de porte constitucional. Uma vez acentuada a excepcionalidade da atuação do Judiciário em sede de mandado de injunção, deveria o objeto do remédio ficar adstrito ao plano dos direitos e garantias fundamentais veiculados por normas de eficácia limitada e de natureza preceptiva, dando, assim, maior concreção ao princípio estabelecido no artigo 5º, § 1º, da Constituição⁴⁷.

3. O Projeto de Lei n. 6.128/09 e a separação dos Poderes

Desde a promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988, o Congresso Nacional recebeu diversas proposições objetivando a regulamentação, em nível infraconstitucional, do instituto do mandado de injunção. Em relação ao rito, logo se converteu em norma legal a orientação adotada, pioneiramente, pela jurisprudência, no sentido de aplicar ao mandado de injunção o regramento especial do mandado de segurança⁴⁸. Entretanto, a questão mais tormentosa a assombrar os que se viam na contingência de dar efetividade ao instituto nunca foi a da carência de normas procedimentais, e, sim, a da não regulação, em nível constitucional, dos efeitos das decisões concessivas de ordens de injunção. Uma vez pacificado o entendimento de que a norma do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição é de eficácia plena e aplicabilidade imediata⁴⁹, o Supremo Tribunal Federal teve que, forçosamente, concretizar os efeitos desse novel instrumento da jurisdição constitucional brasileira mediante interpretação diretamente fundada no lacônico dispositivo-sede. E o fez nos termos da senda evolutiva sumariamente descrita no item anterior. Isso não significa, todavia, que tenha se tornado dispensável a contribuição do Parlamento no tocante à matéria, mesmo porque a cada decisão da Suprema Corte reacende-se o debate. De fato, durante os anos em que vigorou a diretriz exegética de perfil cauteloso e ortodoxo, tendo como *leading case* o MI n. 107, o STF foi severamente criticado pela doutrina por haver, na prática, equiparado o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁵⁰, frustrando a intenção do Constituinte de propiciar a superação de omissões legislativas lesivas a direitos fundamentais. A propósito, mesmo entre esses doutrinadores grassava intenso dissídio quanto à via alternativa que devesse ser prestigiada. Após a viragem jurisprudencial ocorrida a partir do julgamento do MI n. 721, em 2007, a discussão foi retomada, porém agora sob outro viés: estaria o STF usurpando as atribuições do Poder Legislativo e, portanto, perpetrando grave ofensa ao princípio da separação dos Poderes⁵¹?

⁴⁶ Cuida-se, de toda sorte, de controle *in concreto* da omissão legislativa, a despeito dos efeitos *erga omnes* da decisão concessiva de injunção. Poder-se-ia alcinhar essa variante jurisprudencial, de corrente concretista-subjetivista ampla.

⁴⁷ Nesse sentido, manifestei-me na obra *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 313-4.

⁴⁸ Cf. o disposto no art. 24, par. único, da Lei n. 8.038, de 28-5-1990.

⁴⁹ Assim decidiu o STF a Questão de Ordem no MI n. 107-3/DF.

⁵⁰ Variante da ação direta de inconstitucionalidade albergada no § 2º, do art. 103, da CF.

⁵¹ A mais recente manifestação crítica em relação à diretriz atual, que admite a outorga, *in concreto*, de suprimento normativo à omissão do legislador, deu-se no julgamento dos MIs n. 943, 1.010, 1.074 e 1.090, ainda não concluído, ao haver o STF,

Na verdade, o ideal seria o aperfeiçoamento da matriz constitucional do instituto, mediante a inserção de parágrafo imediatamente após o § 1º, do artigo 5º, da Lei Maior, declarando que a eficácia imediata ali prevista importaria na edição de provimento normativo precário e de efeitos concretos, que permitisse a imediata fruição de direitos fundamentais veiculados por norma carente (apenas) de legislação integradora, ao ensejo da impetração de mandado de injunção. De toda sorte, também se mostra útil a consagração em texto legislativo da orientação firmada mais recentemente pelo STF, porquanto certamente atenuará as críticas de que a Corte estaria incidindo em ativismo judicial em detrimento do Congresso Nacional⁵². Foi com esse intuito que, ao ensejo do II Pacto Republicano (“Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo”), o Grupo Judiciário formulou anteprojeto de lei, afinal convertido no Projeto de Lei n. 6.128, de 2009, de autoria do Deputado Federal Flávio Dino⁵³.

A meu juízo, a matéria atinente aos efeitos das decisões de procedência em mandados de injunção recebeu tratamento adequado no projeto de lei em tela. Assim é que o artigo 9º, *caput*, do PL n. 6.128/09 consagra, como regra, a eficácia subjetiva *inter partes* dessas decisões, acolhendo a orientação sufragada no MI n. 721⁵⁴. Por economia processual e em consonância com a tendência de ampliação da competência decisória dos Ministros-relatores, estabeleceu-se que “transitada em julgado a decisão, os seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator”⁵⁵. A título excepcional, em atenção à natureza do direito ou liberdade protegida, previu-se a possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* a certas decisões⁵⁶, o que me parece bastante razoável, tendo em vista as situações de viabilização do exercício de direitos coletivos por meio de injunção, como sucedeu com o direito de greve dos servidores públicos. Por seu turno, o § 3º, do artigo 9º, do projeto de lei agasalha nova hipótese de extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*, nos moldes do preceituado no artigo 18 da Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular)⁵⁷.

A natureza singular do provimento judicial deferitório de ordem de injunção, que, como já se disse, aproxima-se dos juízos de equidade, inspirou a disposição do artigo 10 do projeto, que, em seu *caput*, admite a revisão do julgado, sem prejuízo dos efeitos anteriormente produzidos, “quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito”. A precariedade do suprimento normativo outorgado pela via excepcional da injunção, que não impede, como é cediço, a regulamentação legislativa ulterior da norma definidora de direito fundamental, torna imprescindível a disciplina

por força do veredicto de procedência das ações, anunciado que editará o regramento reclamado para que os impetrantes possam se beneficiar da garantia do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, sem adstrição ao mínimo previsto na legislação trabalhista (30 dias).

⁵² Se a disciplina infraconstitucional dissentisse da jurisprudência atual do STF, certamente haveria o agravamento das tensões entre a Corte e o Congresso, pois aquela, provocada a realizar o controle da legislação editada, a declararia inconstitucional. Até mesmo a atuação do legislador ordinário em sintonia com o Tribunal importa em algum risco, na medida em que a jurisprudência sempre pode sofrer reviravoltas, ainda que, na espécie, isso se revele pouco provável.

⁵³ Como consta da exposição de motivos do projeto, a propositura foi encaminhada ao Deputado-autor pelos Ministros Gilmar Mendes (STF) e Teori Zavascki (STJ).

⁵⁴ Reproduzo o dispositivo: “Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.”

⁵⁵ § 2º, do art. 9º, do PL n. 6.128/09.

⁵⁶ Nesse sentido a norma do § 1º, do art. 9º: “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.”

⁵⁷ Destarte, de acordo com o § 3º, do art. 9º, do PL n. 6.128/09, “o indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios”.

dos efeitos da atuação do legislador em relação à normatividade transitória, de efeitos concretos, conferida aos interessados por meio do *writ* do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição, o que foi objeto da atenção da propositura em comento no seu artigo 11:

A superveniente norma regulamentadora produzirá efeitos ex nunc em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.

De outra parte, dispõe o parágrafo único do mesmo artigo que “ficará prejudicada a impetração se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito”. No caso de regulamentação posterior à decisão concessiva, porém antes de seu trânsito em julgado, a solução dependerá da haver sido o recurso recebido com efeito suspensivo ou não: na primeira hipótese, aplicar-se-ia a norma do parágrafo único, ao passo que, na segunda, a norma do *caput* do dispositivo.

4. Conclusão

O instituto do mandado de injunção representou louvável contribuição do Constituinte brasileiro de 1988 ao enfrentamento da omissão do legislador no desempenho do dever de conferir eficácia plena a normas constitucionais carentes de regulamentação legislativa. Após muitos anos de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, assentou o Supremo Tribunal Federal que a concessão da ordem de injunção implica formulação de disciplina normativa para o caso concreto, a princípio com abrangência limitada aos impetrantes. Ainda que não se esteja diante de atividade legislativa, tanto sob o prisma formal quanto sob o prisma material, não se há de negar que a atuação do Poder Judiciário em sede de mandado de injunção afasta-se do padrão clássico de solução de litígios por meio da aplicação do direito posto, na medida em que, para a colmatação da lacuna de legislação *in concreto*, exige-se dose de criatividade (e, *ipso facto*, de discricionariedade) bem maior do que aquela pressuposta em toda e qualquer decisão judicial. Portanto, se não há incompatibilidade visceral entre o mandado de injunção e o princípio da separação de Poderes, é preciso impedir que a garantia constitucional, já de per si fator de estímulo ao ativismo judicial⁵⁸, seja desvirtuada em relação à sua vocação natural, que é a de servir de instrumento de concreção do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Para tanto, é preciso, sobretudo, mantê-la atrelada à norma do § 1º, do artigo 5º, da Constituição brasileira, observando, de igual modo, a limitação que a própria textualidade do inciso LXXI, do artigo 5º, impõe, no sentido de limitar a concessão de ordens de injunção e dos suprimentos normativos precários a ela inerentes às hipóteses de não exercício de direitos fundamentais provocado *apenas* pela ausência de regulamentação legislativa (e não, por exemplo, pela falta de implementação de políticas públicas). A jurisprudência do STF, até o momento, não ultrapassou essa fronteira normativo-cons-

⁵⁸ Sobre o tema dos fatores de impulso do ativismo judicial, dediquei toda uma Seção do livro *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 226-304.

titucional, conquanto continue a admitir que o mandado de injunção tenha por objeto direitos constitucionais em geral, mesmo que não configurem direitos fundamentais, o que não me parece a melhor orientação a seguir, dada a natureza ímpar do instrumento de atuação judicial.

O Projeto de Lei n. 6.128, de 2009, ora em tramitação na Câmara dos Deputados consolida, de vez, a orientação jurisprudencial que diferencia o mandado de injunção da ação direta declaratória de inconstitucionalidade por omissão, delineando-o como instrumento de controle concreto-subjetivo da omissão legislativa inconstitucional. É de se louvar que tenha a propositura prestigiado, ao menos em regra, a diretriz adotada no julgamento do MI n. 721, em 2007, segundo a qual a decisão concessiva de ordem de injunção comporta a outorga de suprimento normativo provisório, na medida da necessidade de viabilização do exercício concreto do direito ou liberdade constitucional, restringindo-se a eficácia subjetiva da decisão aos impetrantes (efeitos *inter partes*).