

DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Alcides Saldanha Lima

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO. I. Delimitação do tema. 1.1 Normas constitucionais quanto à sua eficácia. 1.2 As lacunas técnicas e os mecanismos para sua colmatação. 1.3 Normas de eficácia limitada: críticas. II. Mandado de Injunção (MI) 2.1 Conceito. 2.1.1 Direitos passíveis de proteção através de MI. 2.1.2 Instituto paralelo: ação de inconstitucionalidade por omissão. 2.2 Origem do instituto. 2.3 Da auto-executoriedade da norma instituidora do MI. 2.4 Das limitações materiais à aplicação do MI. 2.5 O MI na jurisprudência do STF. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Há muito na Ordem Constitucional Brasileira se carecia de um instrumento jurídico-processual capaz de tornar efetivas as tradicionalmente chamadas normas programáticas.

Com o advento da nova Constituição, de 1988, por inspiração de institutos semelhantes encontrados na doutrina estrangeira, criou-se o MANDADO DE INJUNÇÃO-MI-, objeto das presentes considerações.

Preliminarmente, é de se dizer da intenção deliberada de não abordar o mandado de injunção nos seus aspectos processuais. Somente a estes nos reportamos quando estritamente necessário para melhor compreensão do instituto enquanto garantia ao exercício de direitos e liberdades constitucionalmente previstos.

Repartimos o trabalho em duas macrodivisões: a primeira concentra o esforço de delimitação do tema, para que mais facilmente se possa compreender as particularidades do instituto em comento; a segunda enfronta-se no instituto propriamente dito, oportunidade em que serão feitas considera-

ções acerca do conceito, origem e natureza jurídica no MI. Em terceiro momento considera-se o MI na perspectiva da jurisprudência do STF.

I. DELIMITAÇÃO DO TEMA

1.1. Normas Constitucionais quanto a sua Eficácia.

No estudo doutrinário realizado pela Teoria Geral do Direito desponta como problema de controvertida solução a delimitação conceitual entre validade, vigência e eficácia. Múltiplas são as implantações teórico/práticas advindas das separação destes conceitos. Cumpre-nos, assim, procedermos distinção entre eles, sem no entanto, esquecermos a relação inoxidável que guardam entre si. Este é o primeiro passo para o entendimento do mandado de injunção no tocante as causas de seu surgimento.

Nas palavras da professora MARIA HELENA DINIZ: "... será válida uma norma se a autoridade que a elaborou for tecnicamente competente e agiu conforme as normas de sua competência e dentro dos fins estabelecidos pelo ordenamento." (in Norma Constitucional e seus efeitos, SP, Saraiva, 1989, pg. 25).

O conceito vigência diz respeito ao período de validade da norma. Conforme leciona o prof. ARNALDO VASCONCELOS: "Vigência é termo utilizado para fixar o período de disponibilidade da norma jurídica, sua dimensão temporal". (in Teoria da Norma Jurídica, RJ, Forense, 1978, pg. 316).

A eficácia, por sua vez, vincula-se às condições fáticas e técnicas de atuação da norma jurídica. É qualidade da norma vigente de produzir socialmente efeitos jurídicos concretos. "A eficácia diz respeito, por tanto, ao fato de se saber se os destinatários da norma ajustam, ou não, seu comportamento em maior ou menor grau, às prescrições normativas, ou seja, se cumprem ou não, os comandos jurídicos, se o aplicam ou não". (MARIA HELENA DINIZ, ob. cit., pg. 28).

É lugar comum na doutrina brasileira, sobretudo a partir da sedutora sistematização do prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA, na obra "Aplicabilidade da norma constitucional", RT, o entendimento de que normas existem, inclusive constitucionais, que não podem produzir efeitos de forma imediata, pois seus conteúdos estão a exigir regulamentação: são as ditas normas de eficácia limitada. Somam-se a estas as normas de eficácia plena, de aplicabilidade direta, imediata e integral; e as normas de eficácia contida, de aplicabilidade direta, imediata e possivelmente não integral, conforme existam contenções aos direitos nelas consagrados.

As normas quanto a sua eficácia, nos termos da doutrina dominante, são ditas: de eficácia plena, contida e limitada.

1.2. As lacunas técnicas e os mecanismos para sua colmatação.

Conforme confirmou-se no tópico supra, advoga a doutrina nacional em geral a existência de preceitos da constituição que não encerram em si mesmo um comando jurídico completo, capaz de efetivar-se de forma direta e integral. Carecem, para produzirem efeitos, de normação ulterior regulamentadora mediante lei complementar ou ordinária.

Este entendimento ensejou a formulação doutrinariamente da lacuna técnica ou "intra legem", existente quando a ausência de vigência de uma norma é condição impeditiva à eficácia de outra. Explicita a profa. MARIA HELENA DINIZ: "Assim, se determina a necessidade de sua regulamentação, enquanto esta não advier, será sintaticamente ineficaz a norma constitucional, instaurando-se uma lacuna técnica". (ob. cit., pg. 36).

O ordenamento jurídico é pleno. O juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentem a seu exame; e deve julgá-las com base em uma norma integrante do sistema. Não são admitidas lacunas, quaisquer que sejam. As lacunas técnicas podem ser colmatadas através de mecanismos capazes de suprirem a ausência de legislação infraconstitucional: o mandado de injunção, Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e iniciativa legislativa popular, previstos constitucionalmente no art. 5º, LXXI; art. 103, parag. 2º, art. 14, III, respectivamente.

E objeto das presentes considerações, apenas o mandado de injunção, desconsideradas as demais formas de supressão de lacunas técnicas. Ressalte-se, porém que, embora não se detenha o trabalho na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, necessariamente, a ela recorreremos tendo-se em conta o paralelismo possível entre ambos os institutos.

Antes contudo, julgamos oportuno reflexão crítica acerca da tradicional doutrina da eficácia das normas constitucionais. A inserção do mandado de injunção na ordem jurídica de 1988 foi reação política aos excessos cometidos sob os auspícios desta doutrina. Incontáveis normas da constituição perdiam a vigência sem nunca terem tido sua aplicabilidade viabilizada por regulamentação infraconstitucional. O mandado de injunção (MI), é de se entender, é cria da própria doutrina tradicional, pois somente há que se falar em MI se é aceita a existência de normas constitucionais de caráter programático, de eficácia limitada.

1.3. Normas de eficácia limitada: críticas.

No esteio da doutrina tradicional a respeito da eficácia das normas constitucionais, é suficiente que o legislador infraconstitucional permaneça inerte para que o preceito constitucional reste como letra morta. Objetivamente tem-se que mantida a omissão se dará a revogação fática do preceito, em que

pese sua condição formal de preceito constitucional, hierarquicamente superior, portanto, a todos os demais veiculados por normas inferiores.

Nos termos da clássica lição de FERDINAND LASSALE, Tem-se que "... os fatores reais de poder que atuam no seio de cada sociedade constituem essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade...", e conclui, "A Constituição de um país é, em síntese, a soma dos fatores reais de poder que regem esse país". (O que é uma Constituição Política, trad. Manoel Soares, SP, Global Edt., 1987, pgs. 34/35 e 42, respectivamente).

Sábua é a observação do mestre alemão. Não se pode pretender expresse a constituição senão a dinâmica dos poderes em contraposição. A constituição reflete, indubitavelmente, os conflitos existentes a partir da multifacetação dos interesses de classe. Cada classe ou grupo social batalha politicamente para fazer inserir na constituição preceitos capazes de fazerem valer positivamente seus interesses. A constituição age, por assim dizer, de forma fotográfica, registrando o equilíbrio social possível no momento político de sua elaboração. Passado este, tem-se a continuidade do processo de disputa "ad infinitum". Desta forma a disputa por direitos e garantias não se encerra na constituição, antes nela se inicia. A simples previsão constitucional não é suficiente para garantir a efetivação prática de um direito.

Em verdade, os fatores reais de poder – para usarmos uma terminologia clássica – podem em momento posterior à promulgação da constituição subverter o equilíbrio nela expresso, inviabilizando concretamente direitos e garantias assegurados quando do exercício do poder constituinte originário pelos representantes de classe.

Conclui-se que a teorização a respeito do grau de eficácia e aplicabilidade de uma norma constitucional revela a deliberada intenção de retardar a efetivação das conquistas contrárias à manutenção do "status quo", além de pretender o esvaziamento do poder de reivindicação das forças sociais, sob o argumento que tudo que o povo possa pretender conquistar já está assegurado na constituição. Resta aparentemente esquecida a realidade de que a constituição prevê, mas tal previsão é inócua, na medida em que o cumprimento da previsão depende da ação do legislador ordinário. Este, pela banalização da atividade legislativa que realiza, mais suscetível às ingerências cotidianas da classe dominante.

É de se notar, por outro lado, que a aceitação da doutrina tradicional implica na transferência da função constituinte para o poder legislativo, vez que a norma de eficácia limitada somente produz efeitos quando editada a norma ordinária. Embora se fale em eficácia, na verdade, trata-se de verdadeiro comprometimento da vigência da norma constitucional, posto comprometer o período de disponibilidade da norma, sua capacidade de incidir sobre o fato

juridicizando-o. É de se ressaltar, ainda, a subversão hierárquica com a atribuição de maior importância à lei que à constituição.

Em face do exposto uma conclusão se impõe: a eficácia de direitos e garantias ditos programáticos, ou de eficácia limitada, não podem depender de prévia regulamentação ordinária, contrariamente aplicam-se independentemente de qualquer elaboração legislativa. São direitos e garantias, sobretudo, vinculantes dos poderes Legislativo e Judiciário.

Corolário da constatação supra é o dever de o Poder Judiciário suprir a omissão legislativo assegurado pronto atendimento aos preceitos constitucionais.

Neste contexto estão inseridos a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o Mandado de Injunção, instrumentos hábeis à provocação do órgão jurisdicional, juiz ou tribunal, conforme a competência.

II. MANDADO DE INJUNÇÃO (MI).

2.1. Conceito.

A injunção é uma ordem formal, de caráter mandamental, de origem constitucional, através da qual se pode assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, deduz-se do enunciado contido no artigo 5º, LXXI da Constituição Federal.

Segundo o prof. IRINEU STRENGER, MI é "... o procedimento pelo qual se visa obter ordem judicial que determine a prática ou abstenção de ato, tanto da Administração Pública, como de particulares, por violação de direito constitucional fundado na falta de norma regulamentadora". (Mandado de Injunção, RJ, Forense Universitária, 1988, pg. 15).

Para RANDOLPHO GOMES, MI é "...ação civil, de origem constitucional, de cognição, exercível por qualquer pessoa ou entidade em face de quem quer que obste o exercício de um direito emanado da constituição, sob o pretexto ou fundamento de inexistência de norma que o regulamente". (Mandado de Injunção, RJ, Ed. Trabalhista S/A, 1989, pg. 07).

O prof. JOSÉ CRETILLA JÚNIOR conclui: "Do próprio dispositivo constitucional podemos extrair os elementos necessários para conceituação do mandado de injunção, a saber, mandado de injunção é a ação civil de rito sumário a qual todo aquele que tem direito subjetivo público, ou privado, pode exigir, em juízo, o exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à soberania e à cidadania, tornando inviáveis por ausência de norma regulamentadora. "(Os writs na constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, ação popular, habeas corpus, RJ, Forense Universitária, 1989, pg. 100).

Na lição do eminente prof. HELY LOPES MEIRELES, MI "é o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora, que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania (Const. Rep., art. 5º, LXXI)." (Mandado de segurança, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, SP, RT, 1989, pg. 130).

Entende o prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA que o MI "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". (Curso de Direito Constitucional Positivo, SP, RT, 1990, pg. 387).

Das definições elencadas podemos destacar as características do MI: a) é ação civil de origem constitucional; b) possui caráter cognoscitivo/mandamental; c) é instrumento asseguratório de direitos e garantias constitucionais cujo exercício está obstado pela ausência de norma regulamentadora.

2.1.1. Direitos passíveis de proteção através de MI.

Comparadas as definições acima arroladas constatamos a unanimidade na doutrina em indicar três categorias de direitos protegíveis pelo MI: a) direitos constitucionais; b) liberdade constitucionais; c) prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Inicialmente há que se explicar, por oportuno, o sentido da expressão "expressão direitos e garantias constitucionais". Poder-se-ia falar em direitos e garantias cujo fundamento não fosse a Constituição Federal? Obviamente a resposta é negativa. Reporte-se à teoria do ordenamento como estrutura escalonada e hierárquica de normas e ter-se-á a Constituição como fundamento último de validade positiva. Todo direito ou garantia, direta ou indiretamente, é constitucional. No tocante ao instituto MI, porém, são tutelados, exclusivamente os direitos, liberdades e garantias de matriz diretamente constitucional.

Os direitos e liberdades constitucionais criam situações jurídicas do indivíduo diante do Estado. Na classificação proposta por JELLINEK, fala-se em "status": negativo, se estamos na esfera da liberdade, onde são buscados os fins individuais; positivo, se reconhecido ao indivíduo a capacidade jurídica de pretender que o poder público atue em seu favor; passivo, quando o Estado reconhece ao indivíduo a capacidade de agir por conta do Estado.

Cumprido examinar o alcance da expressão "prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". Nacionais são aqueles submetidos à autoridade direta de um Estado, as quais este atribui direitos civis e políticos. A nacionalidade é um "status". Em primeiro sentido, soberania é o "status" especial do Estado brasileiro na comunidade internacional. Obviamente não é este o sentido a ser tomado para a expressão contida no art. 5º, LXXI, CF. Soberania, neste preceito, é soberania popular - prevista no art. 14 da CF -, não

soberania estatal. No tocante à nacionalidade é forçoso concluir - com o professor JOSÉ AFONSO DA SILVA - que poucas serão as situações em que se fará necessário MI, posto que as questões de nacionalidade praticamente se esgotam nas disposições constitucionais contidas no art. 12 (exceto sobre naturalização, que, aliás, está devidamente regulamentada pela recepção da legislação vigente à época da carta anterior). A cidadania é a capacitação do nacional para participar da vida política. Destaque-se - ainda com a concordância do prof. JOSÉ A. DA SILVA - que também no tocante à soberania e à cidadania, em face da recepção da legislação anteriormente existente, poucas serão as situações a exigir MI.

Ainda no esteio da delimitação dos direitos a serem protegidos pelo MI, uma pergunta se impõe: alcançaria o MI a tutela de direitos sociais?

Entende o prof. MANOEL GONÇALVES F. FILHO que a expressão "direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania não alcança outros direitos, p. ex., inscritos entre os direitos sociais. Realmente, a parte final do "**inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania**" restringe o alcance desse mandado. Ele serve para garantir os direitos, liberdades e prerrogativas diretamente vinculados ao status de nacional (os do art. 5º, ..., ou que possam ser deduzidos do cap. III do título II, capítulo este relativo à nacionalidade), ao de cidadão, quer dizer, o nacional politicamente ativo que, como integrante do povo, o soberano na democracia, tem a participação no governo, como o direito de voto e a elegibilidade (são os direitos, liberdades e prerrogativas que podem ser deduzidos do cap. IV do tit. II, capítulo sobre os direitos políticos)". (Curso de Direito Constitucional, SP, Saraiva, 1989, pgs. 270 /271).

Não pode permanecer tal interpretação defendida pelo professor da USP. Em verdade, a interpretação restritiva não encontrou acolhida na doutrina pátria. Há que se preferir a ponderação do eminente ministro do STF, CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO que, em artigo publicado na Rev. Trib., nº 644 - jun. de 1989, pg. 13, intitulado "As novas Garantias Constitucionais", assevera: "Ao que pensamos, o mandado de injunção protege direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, estas sim, inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". Irretocável a observação do respeitado jurista.

Conclusivamente, afirme-se que a expressão contida no final do enunciado do art. 5º, LXXI, precisa ser interpretada teleologicamente, i. e., tendo-se conta o fim a que se destina o instituto. O MI deve seu surgimento à manipulação ideológica da tradicional doutrina da eficácia das normas constitucionais. Ora, qualquer interpretação tendente à restrição da capacidade implementadora do MI implicará em retorno ao quadro de abusos que com sua criação teve-se em mente extinguir. Não se pode tomar por excluído da proteção do MI nenhum direito constitucionalmente garantido.

2.1.2. Instituto paralelo: ação de inconstitucionalidade por omissão.

O constituinte de 1988 inseriu no corpo constitucional nacional, no art. 103, parágrafo segundo, novo e importante instituto: a ação de inconstitucionalidade por omissão.

Reconheceu a Constituição a necessidade imperiosa de coibir-se a inércia dos órgãos instituídos no tocante ao seu cumprimento. A constituição é desrespeitada não apenas na hipótese de ação contra os seus ditames, mas também quando da omissão de medida para torná-la efetiva. Por isso, o controle constitucional deve ser exercido quer nos casos de ação dos poderes constituídos contrários à ordem constitucional, quer nas situações de omissão.

Nos termos do art. 103, parágrafo segundo, a declaração de inconstitucionalidade por omissão tem caráter fiscalizatório. O STF, órgão competente para julgar inconstitucionalidade, não pode interferir nos atos aplicativos da Constituição, não pode adotar medidas que entenda necessárias. A atuação do judiciário substitui a atuação legislativa, apenas indica a carência da realização do ato ao órgão por ele responsável.

Para a caracterização da inconstitucionalidade por omissão é imprescindível que haja a violação de um determinado preceito que não possa produzir seus efeitos pela omissão do poder público.

Segundo JORGE MIRANDA - Manual de Direito Constitucional, Coimbra, Ed. Coimbra, 1985, pg. 403, apud. REGINA MARIA M.N. FERRARI, Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, SP, RT, 1990, pg. 155 -, são pressupostos do instituto em comento: a) "que o não cumprimento da Constituição derive da violação de certa e determinada norma; b) que se trate de norma constitucional não-exequível por si mesma; c) que, nas circunstâncias concretas da prática legislativa, falem as medidas necessárias para tornar exequível aquela norma".

Em nome da coerência, há que se dizer da precariedade dos pressupostos acima indicados diante da sistemática constitucional brasileira. É que em Portugal inexistente instituto semelhante ao nosso MI, donde a satisfatoriedade dos critérios elencados pelo constitucionalista português para a individualização da ação de inconstitucionalidade por omissão.

Não se nega que sejam estes pressupostos elementos à caracterização da ação de inconstitucionalidade por omissão, porém, não são suficientes para distinção de outro instituto que lhe é semelhante: o mandado de injunção. Como prestam-se os critérios arrolados pelo prof. português à caracterização quer de Ação de inconstitucionalidade por omissão, quer de MI, não são suficientes.

Podemos distinguir MI da ação de inconstitucionalidade por omissão, partindo-se do que dispõe positivamente a Constituição, quanto à legitimidade

ativa ou quanto à competência para julgar as respectivas ações. O MI pode ser interposto por qualquer pessoa ou entidade que tenha tido o exercício de seu direito constitucional cerceado sob o pretexto de inexistência de norma que o regulamente. A legitimidade para propor ação de inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, encontra-se restritamente atribuída às pessoas e entes elencados no art. 103 da CF. A competência para processar e julgar originariamente o MI é fixado "ratione personae", i. e., em razão da condição dos poderes, órgãos, entidades ou autoridades a que seja imputada a omissão regulamentadora -STF: art. 102, I, q; STJ: art. 105, I, h-. É competência do STF processar e julgar originariamente a ação de inconstitucionalidade por omissão, nos termos do art. 102, I, a da CF.

Desconsiderando-se as várias distinções positivamente inseridas no corpo constitucional relativas ao agente ativo das respectivas ações ou competência para julgamento, é possível distinguir-se os institutos pela abstratividade ou concretude do ato objeto da ação, bem como dos efeitos produzidos pela decisão do órgão jurisdicional.

A ação de inconstitucionalidade por omissão refere-se ao ato em tese sem necessariamente vincular-se a um caso concreto. Como a declaração é feita em tese, os efeitos são "erga omnes", aproveitando tantos quantos se enquadrem na situação objeto da decisão jurisdicional. O MI, contrariamente, pressupõe um ato concreto, estando seus efeitos restritos às partes litigantes.

2.2. Origem do instituto.

No primeiro momento de surgimento do novel instituto MI ocorreu a doutrina nacional ao labor comparativo no afã de identificar suas origens. Não tardou a se reconhecer no "writ of injunction" do direito anglo-americano a matriz inspiradora do instituto em análise.

Revela a Dra. HERZELEIDE MARIA FERNANDES DE OLIVEIRA, Assessora Legislativa do Senado Federal, auxiliar do Senador Virgílio Távora, constituinte proponente da sugestão de norma constitucional que culminou com a criação do MI, que para a conformação no MI "... buscou-se inspiração nas "injunctions" inglesas, mais precisamente no "writ of injunction", fonte também do "juízo de amparo" e do mandado de Segurança". ("O Mandado de Injunção", Rev. Inf. Legisl., Brasília, a. 25, nº 100, out/dez., 1988, pg. 49).

O Prof. JOSÉ A. DA SILVA, citado pelo ministro CARLOS M. DA SILVA VELLOSO, ob. cit., pg. 13, afirma que a origem do MI está na Inglaterra e baseia-se no juízo de equidade.

ADHEMAR FERREIRA MACIEL assegura "o mandado de injunção, pelo menos historicamente foi buscado no Direito Constitucional português". ("Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por omissão". Rev. de Jurip. Trib. DF, nº 29, pg. 26). Ressalte-se, porém, que não possui o direito português instituto em tudo semelhante ao MI brasileiro. Em verdade, o que se pode

pretender é vislumbrar na ação de inconstitucionalidade por omissão prevista no art. 283 da Constituição Portuguesa o embrião que ensejou a criação de dois institutos no Brasil: a ação de inconstitucionalidade por omissão e o MI.

Acresce o magistrado supra citado, ob. cit., pg. 28, "Na Alemanha Ocidental existe uma ação constitucional -a "Verfassungsbeschwerde"- que, de certo modo, lembra nosso mandado de injunção. Pode ser utilizada quando o "o órgão cu autoridade pública" (das Organ oder der Behorde), seja por "ação ou omissão" (Handlung oder Unterlassung), violar os "direitos fundamentais" (Grundrechte) ou "assemelhados" previstos na lei fundamental". Também aqui a constatação de semelhança remota é inevitável. Em comum com o MI apresenta a construção constitucional alemã tão somente a finalidade de tutelar direitos fundamentais. Ora, não só o MI é instituto jurídico processual a defesa de direitos fundamentais, pois tem-se a ação de inconstitucionalidade por omissão

Por sua vez, o "Writ of injunction" angloamericano é fruto da, por assim dizer, desatualização da Common Law. Surge com a "Court of Equity", cuja finalidade é suprir as deficiências da Common Law. O "Writ of injunctio" é remédio processual extraordinário que garante o exercício da jurisdição de Equity ao caso que exige para sua solução que se exorbite dos limites da Common Law.

De tudo quanto se relata uma verdade é patente: multiplas são as semelhanças que se pode encontrar entre o MI nacional e instrumentos alienígenas de tutela a direitos, contudo, não se pode deixar de destacar o caráter peculiar da criação do constituinte de 1988. O MI como que sintetiza características dos seus assemelhados estrangeiros tipificando-se, assim, como criação exclusiva brasileira, como aliás já ocorrera com o mandado de segurança.

2.3. Da auto-executoriedade da norma instituidora do MI.

Polêmica tem sido a problematização acerca da aplicabilidade da norma que institui o novo instrumento de proteção aos direitos fundamentais: MI.

A primeira observação, constatado o conteúdo do parágrafo primeiro do art. 5º, dúvida não poderia restar no tocante à aplicação imediata da norma que institui o MI. Ocorre, porém, que esta interpretação não é unânime. Sob o argumento que não se tem estabelecido rito processual a ser seguido, pretende-se a necessidade de regulamentação anterior para o MI produzir seus efeitos.

Primeiramente cumpre-nos destacar o caráter ideológico de afirmações desta natureza. Esvaziadas de todo e qualquer fundamento jurídico.

O MI é instrumento criado para assegurar a viabilidade do exercício de direitos e liberdades quando impedido sob fundamento de ausência de regulamentação. Ora, se assim é, como pretender-se padecer o MI, ele mesmo, de

regulamentação? Poder-se-ia ter concessão de injunção para viabilizar o próprio direito ao MI? Absurda situação: o instrumento criado para tutelar direitos não efetivados sob pretexto de carência de regulamentação padecendo, ele próprio de efetivação. Mesmo inexistindo a determinação expressa contida no parágrafo primeiro do art. 5º, a interpretação teológica nos imporá entendimento no sentido da aplicação imediata do MI.

Diga-se, ainda, que não se sustenta o argumento de carência de rito processual para efetivação do MI. Na pior das hipóteses teríamos a adoção do rito ordinário previsto no CPC como adequado a qualquer ação que não goze de procedimento especial. O entendimento, contudo, mais pacífico aponta no sentido da adoção do rito do mandado de segurança, tendo-se em conta a semelhança de suas finalidades, desde, obviamente, que não se tenha matéria de fato a ser discutida, o que se nos apresenta, tendo em conta a natureza do MI, como de raríssima possibilidade.

2.4. Das limitações materiais à aplicação do MI.

Embora muito se espere no MI como meio de garantia dos direitos fundamentais, há que se ter em mente que a complexidade observada na prática jurídico-política supera, em muito, as simplificações do real procedidas pelos modelos normativos criados.

A atividade jurisdicional, como em regra as demais realizadas pelo homem, tem limitações que impedem sejam satisfeitos todos os direitos pleiteados juridicamente. Como oportunamente observou o prof. CELSO AGICOLA BARBI: "Basta que a complexidade exigida para a proteção de um direito seja tal que na prática, o juiz não possa chegar a um resultado eficaz e no tempo adequado", e continua exemplificando, "..., o direito à educação, previsto no art. 205, poderá no art. 205, poderá ser assegurado com uma sentença que mande matricular em uma escola pública fundamental a pessoa ali recusada por falta de vaga. A colocação de mais um aluno na classe não irá, normalmente, trazer prejuízo de monta a seus colegas. Mas se na localidade não houver escola, a sentença não poderá pretender criar uma para atender ao direito do demandante, porque a complexidade dessa criação e funcionamento não é compatível com o poder que se contém em uma sentença", excelente e feliz descrição de situação em que a força dos fatos é maior que a força do direito.

Em face do exposto não se adote postura pessimista diante do MI. Grandes são as suas possibilidades de êxito, condicionado, no entanto, ao trabalho e reflexão constante de advogados e magistrados. Por certo, a prática melhor delimitará as fronteiras do novel instituto, como aliás, ocorreu com o mandado de segurança.

2.5. O MI na jurisprudência do STF.

O MI e a ação de inconstitucionalidade por omissão foram criados com a intenção de tornar efetivos os direitos e garantias constitucionais que muitas vezes restavam como mera abstração legal, sem qualquer efetivação prática.

Como se afirmou no item 2.1.2., o MI deveria, para o caso concreto levado à apreciação do judiciário, tornar o direito ou garantia constitucional efetivo. Aquele que recorresse ao judiciário através de MI obteria **mandamus** capaz de tornar seu direito concreto, ressalvadas as limitações materiais referidas no item 2.4.

À ação de inconstitucionalidade por omissão competiria declarar a ausência de conduta no sentido da efetivação de direito subjetivo público, sem, no entanto, tornar concretamente exercitável o direito. Vez que produz efeitos "erga omnes", tornasse esta ação o direito exercível concretamente, traduzir-se-ia, na prática, em verdadeira função legislativa exercida pelo Poder Judiciário, o que iria de encontro à doutrina da separação de funções (dita poderes), incorporada pela CF no seu art. 2º.

Embora tendesse a doutrina para o entendimento supra, em diverso sentido concluiu o STF.

Em voto proferido em Questão de Ordem no MI nº 107-3 (DF) (23-11-89), o eminente Ministro Moreira Alves manifestou entendimento de que o MI tem como finalidade declarar a inconstitucionalidade de omissão, dando-se ciência ao Poder, órgão, entidade ou autoridade competente, para que adote as providências necessárias à regulamentação do assunto, pois o MI não confere ao Poder Judiciário o poder de disciplinar a matéria em substituição ao legislador. Este entendimento foi aceito pelo tribunal que fixou orientação no mesmo sentido.

O MI, desse modo, não autoriza o julgador a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, pela edição da norma que lhe faça as vezes, tampouco permite ordenar de imediato ato concreto de execução da norma regulamentadora que acaso viesse a editar.

Lamentavelmente, com este entendimento o MI restou esvaziado, sem qualquer utilidade prática. Sua consequência passou a ser a mesma doutrinariamente atribuída à ação de inconstitucionalidade por omissão. Duas ações com o mesmo escopo declaratório, deferenciando-se, apenas, pelo âmbito de validade pessoal: "inter partes" ou "erga omnes".

Assim, todo o esforço constituinte de nada valeu. Por mais algum tempo o gozo de direitos e garantias constitucionais restará condicionado à vontade daqueles que controlam o Estado.

BIBLIOGRAFIA

- CRETELLA JÚNIOR, José. Os "writs na Constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, ação popular, habeas corpus, RJ, Forense Universitária, 1989.
- DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus Efeitos, SP, Saraiva, 1989.
- FERRARI, Regina Maria Macdo Ney. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, SP, Rev. Trib., 1990.
- FERREIRA Fco., Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, SP, Saraiva, 1989.
- GOMES, Randolpho. Mandado de Injunção, RJ, Ed. Trabalhista S/A, 1989.
- GUERA FILHO, Willis Santiago. Ensaíos de Teoria Constitucional, Fortaleza, Imprensa Universitária, 1989.
- LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição Política. Trad. Manoel Soares, SP, Global Edt., 1987.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de injunção, Habeas Data, SP. Rev. Trib., 1989.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos, SP, Saraiva, 1990.
- PASSOS, J.J. Calmon de. Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, habeas data (constituição e processo), RJ, Forense, 1989.
- PIRES DOS SANTOS, Ulderico. SP, Edt. Paumape S/A, 1988. Mand. de Injunção.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, SP, Rev. Trib., 1990.
- STRENGER, Irineu. Mandado de Injunção, RJ, Forense Universitária, 1988.
- VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria da Norma Jurídica, RJ, Forense, 1978.
-
- ### ARTIGOS
- BARBI, Celso Agrícola. "Mandado de Injunção", in RT, nº 637, nov. 1988.
- GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. "Pontos Controvertidos do Mandado de Segurança Coletivo e do Mandado de Injunção", in RT, nº 641, mar., 1989.
- MACIEL, Adhemar Fereira. "Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão", in Rev. de jurisprudência do Trib. do Dist. Fed. nº 29.
- OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes, "O Mandado de Injunção", in Rev. Inf. Legisl., Brasília, a. 25, nº 100, out/dez, 1988.
- SARAIVA, Paulo Lopo. "Os Direitos Sociais e a Inconstitucionalidade por omissão", in Rev. de Dir. de Dir. Cost. e C. Política, nº 05, Forense, 1985.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. "As novas Garantias Constitucionais", in RT, nº 644, jun. 1989.