



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

EFICÁCIA E EFETIVIDADE DA DECISÃO EM MANDADO DE INJUNÇÃO

por

TATIANA MACHADO PONZO

ORIENTADOR: José Guilherme Berman

2017.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

EFICÁCIA E EFETIVIDADE DA DECISÃO EM MANDADO DE INJUNÇÃO

por

TATIANA MACHADO PONZO

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio de
Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientador: José Guilherme Berman

2017.2

A toda minha família, de sangue e de
coração.

*“I nostri diritti non sono altro che i doveri
degli altri nei nostri confronti.”*

(Norberto Bobbio)

Agradecimentos

Não seria justo entregar o presente trabalho sem antes agradecer àqueles que foram fundamentais para sua elaboração.

Assim, deixo aqui meu agradecimento ao nonno Ponzo, de quem herdei o sobrenome e tudo aquilo que ele representa. Serei eternamente grata e procurarei sempre honrar a confiança em mim depositada. Grazie per tutto, Nonno.

Agradeço à minha amada avó Yeda, que carrega o coração mais puro, generoso e acolhedor. Sua simplicidade e seu altruísmo me inspiram diariamente.

Aos meus tios, César, André e Letícia, que me incentivam a aprender cada vez mais.

Ao meu avô e mestre Francisco, a prova de que sabedoria e humildade não se excluem, mas se complementam.

À minha avó Marly, por todo carinho e devoção.

Ao meu pai, Marco, que sempre colocou seus filhos sem primeiro lugar. Com você aprendi que não existe bem mais precioso que a família. Obrigada por ser meu porto seguro.

À minha mãe, Christina, minha fonte de bravura. Com você ao meu lado, sei que qualquer obstáculo pode ser ultrapassado. Não há palavras suficientes para demonstrar o quanto sou grata por tudo que você e papai fizeram e fazem por mim.

À Lena, por todos os mimos e por acreditar sempre em mim.

Ao meu irmão, Thiago, por seu companheirismo em todos os momentos.

Às minhas irmãs de coração, Maria Eduarda Eiras e Letícia Tugeiro, pelas lições de vida e pela amizade genuína.

Aos presentes que a PUC me deu, sem os quais essa jornada não teria sido a mesma. Obrigada, Rafaela Delmás, Nathalia Borges, Ana Flávia Verri, Gabriela Ceccato, Daniel Mourão, Nicole Aló, Ulisses, Fernanda Milani, Miguel Farah, Isabelle Suarez (melhor veterana), e tantos outros a quem devo minha gratidão.

À equipe Reis & Sampaio Advogados, meu primeiro contato com a advocacia. Obrigada pela paciência e pelo carinho.

Às minhas primeiras companheiras de trabalho, Aline Lima e Luiza Gualberto. Obrigada pela ajuda e amizade.

À equipe Fux Advogados, pela oportunidade e pelos ensinamentos diáários.

À melhor equipe de *stags*, em especial, Morgana Barbosa, Gabriela Dobal, Marcella Lobato, Eduarda Motta, Thiago Veras, Letícia Campanelli e Maria Eduarda Aquino, responsáveis pela manutenção da minha (in)sanidade.

Um agradecimento especial é devido à Brenda Lauria e à Carolina Gomes, que ultrapassam comigo os últimos obstáculos da faculdade.

Agradeço, ainda, ao Professor Thiago Varela, com quem aprendi as primeiras lições de Direito Constitucional e cujas aulas me inspiraram a escrever a presente monografia.

À Professora Ana Paula Santoro, pela preocupação e pelo cuidado quase maternal com seus alunos.

Por fim, agradeço ao Professor José Guilherme Berman, pelo tempo e pela atenção dedicados, sem os quais não seria possível a conclusão desse trabalho.

Resumo

O presente trabalho tem como primeiro objetivo uma análise do Mandado de Injunção, sua origem, finalidade e particularidades. Esta monografia também apresentará as diferentes teorias acerca da eficácia da decisão de concessão do referido remédio constitucional, bem como a evolução e o amadurecimento da posição do Supremo Tribunal Federal sobre do tema. Em seguida, serão analisadas a eficácia e a efetividade da decisão de procedência do Mandado de Injunção à luz da Lei 13.300/2016. Por fim, verificar-se-ão as propostas oferecidas para solucionar omissões inconstitucionais do Poder Público.

Palavras-chave: Direito Constitucional - Inconstitucionalidade por omissão – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – Remédios Constitucionais – Mandado de Injunção – Teoria Não-Concretista – Teoria Concretista – Eficácia *erga omnes* – Eficácia *inter partes* – Efetividade da decisão.

Sumário

Introdução	7
Capítulo 1 – O Instituto do Mandado de Injunção	10
1.1 Inconstitucionalidade por Omissão	10
1.2 A origem do Mandado de Injunção	15
1.3 O Mandado de Injunção no Direito Brasileiro	17
1.4 Mandado de Injunção vs. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	22
Capítulo 2 – Efeitos práticos do Mandado de Injunção	27
2.1 Os efeitos do Mandado de Injunção na visão da doutrina.....	27
2.1.1 Teoria Não-Concretista	27
2.1.2 Teoria Concretista	27
2.1.2.1 Teoria Concretista Geral	28
2.1.2.2 Teoria Concretista Individual Direta	28
2.1.2.3 Teoria Concretista Individual Intermediária	29
2.2 Jurisprudência.....	29
Capítulo 3 – Efeitos do Mandado de Injunção na Lei 13.300/2016.....	45
Conclusão	48
Bibliografia.....	52

Listas de abreviações

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

CN – Congresso Nacional

CPC/15 – Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015)

CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DF – Distrito Federal

MI – Mandado de Injunção

STF – Supremo Tribunal Federal

TJERJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Introdução

O presente trabalho buscará analisar o Mandado de Injunção, desde sua origem e criação, seu processo e julgamento, até chegar aos efeitos da decisão de procedência. Para tanto, será preciso estudar de perto o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão e as propostas de solução oferecidas pelo constituinte de 1988 e pela doutrina constitucionalista.

Dessa forma, será examinado, nessa monografia, a inconstitucionalidade por omissão, que é a que dá ensejo à impetração do remédio constitucional ora em análise. Ressalta-se, contudo, que não será objeto de estudo a omissão pelo Poder Executivo, restringindo-se a presente pesquisa à omissão legislativa.

Serão explicitadas as características únicas desse remédio constitucional, que o diferenciam das demais ações constitucionais, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Ademais, ao estudar a origem do Mandado de Injunção, será possível extrair a intenção do constituinte originário, que, durante muitos anos, foi negligenciada pelo Supremo Tribunal Federal, em razão do receio de afronta ao Princípio da Separação de Poderes.

Assim, ao longo do presente trabalho demonstrar-se-ão as razões pelas quais restringir a decisão de procedência do Mandado de Injunção à mera declaração da omissão inconstitucional e sua comunicação ao órgão omissso, igualando-o à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, afrontaria a finalidade precípua da criação dessa ação constitucional, bem como a intenção do constituinte originário de combater a inconstitucionalidade por omissão e garantir o cumprimento do disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, que estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Nessa perspectiva, serão apresentadas as diferentes teorias elaboradas pela doutrina constitucionalista brasileira acerca das consequências da concessão do Mandado de Injunção.

Em seguida, será exposto a evolução jurisprudencial sobre os efeitos da concessão do Mandado de Injunção, com o amadurecimento do pensamento do “Guardião da Constituição”, o STF.

Após, a pesquisa será voltada à Lei 13.300/2016, que disciplina o processo e o julgamento dos Mandados de Injunção Individual e Coletivo, que consolidou alguns entendimentos já expressados pela doutrina brasileira e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que ganharam fundamento legal com a promulgação da Lei 13.300/2016.

Nesse sentido, o Capítulo 1 abordará a inconstitucionalidade por omissão e analisará o instituto do Mandado de Injunção, sua origem com raízes no Direito Comparado, sua elaboração e introdução no ordenamento jurídico brasileiro, suas semelhanças e diferenças em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

No Capítulo 2, serão expostas as diferentes correntes doutrinárias acerca das consequências da decisão de procedência do Mandado de Injunção, quais sejam Teoria Não-Concretista, Teoria Concretista Geral e Teoria Concretista Individual, essa sendo subdividida em Direta e Intermediária.

Ainda no Capítulo 2, será estudada a evolução do pensamento pelo Supremo Tribunal Federal quanto à natureza jurídica da decisão que concede a injunção, bem como seus efeitos. Para tanto, serão apresentados julgamentos que marcaram o amadurecimento do entendimento da Suprema Corte Brasileira.

No Capítulo 3, tentar-se-á expor o impacto do advento da norma regulamentadora do Mandado de Injunção, analisando como a Lei 13.300/2016

utilizou-se das teorias doutrinárias e dos entendimentos já expressados pelos tribunais pátrios, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, para conferir maior credibilidade, eficácia e efetividade ao remédio constitucional sob estudo.

Ao final, o que se espera do presente trabalho é, por meio da análise da origem e desenvolvimento do Mandado de Injunção, expor a importância desse remédio constitucional no combate à inconstitucionalidade por omissão, servindo como instrumento de proteção judicial para omissões normativas.

.

Capítulo 1 – O Instituto Mandado de Injunção

1.1 Inconstitucionalidade por Omissão

Antes de iniciar o estudo sobre o Mandado de Injunção, é fundamental identificar em quais hipóteses esse remédio constitucional pode ser utilizado e, para tanto, faz-se necessário relembrar premissas básicas do nosso ordenamento jurídico, em especial sob a perspectiva do Direito Constitucional Brasileiro.

Para a doutrina constitucionalista majoritária, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 classifica-se como rígida¹, porquanto exige, para sua alteração, “um procedimento legislativo mais solene e difícil que o existente para a elaboração das demais normas jurídicas”².

Como consequência direta da rigidez constitucional, surge o princípio primordial do ordenamento jurídico brasileiro: o princípio da supremacia da Constituição. Nos ensinamentos do Professor José Afonso da Silva:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado Brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. (...) O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional.³

Assim, em razão da supremacia da norma constitucional em relação às demais normas, entende-se que a Constituição poderá ser violada pelo agir em contrário ao que ela determina ou pela inércia diante de um comando constitucional.

¹ Alguns doutrinadores, como o Ministro Alexandre de Moraes, afirmam que a CRFB/88 pode ser classificada como super-rígida, “uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF, art. 60, § 4º - cláusulas pétreas)”. (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 10)

² MARTINS, Flavia Bahia. *Direito Constitucional*. 3ª ed. Niterói: Impetus, 2013. p. 37.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 46.

A maior parte dos comandos constitucionais se materializa em normas cogentes, que não podem ter sua incidência afastada pela vontade das partes, como ocorre, no âmbito privado, com as normas dispositivas. As normas cogentes se apresentam nas versões proibitivas e preceptivas, vedando ou impondo determinados comportamentos, respectivamente. É possível, portanto, violar a Constituição praticando um ato que ela interditava ou deixando de praticar um ato que ela exigia. Porque assim é, a Constituição é suscetível de violação, por via de *ação*, uma conduta positiva, ou por via de *omissão*, uma inércia ilegítima.⁴

Conforme disposto no artigo 5º, inciso LXXI, da CRFB/88:

conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O Mandado de Injunção será utilizado, portanto, para combater a inconstitucionalidade por omissão, que ocorre, como visto, “quando a Constituição determina a prática de determinado ato ao Executivo, ou ordena a emissão legislativa – por lei complementar ou ordinária – e elas não se cumprem”⁵.

Em sua obra titulada “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”⁶, José Afonso da Silva divide as normas constitucionais em três categorias de acordo com a sua eficácia e sua aplicabilidade.

As normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral são aquelas capazes de produzir, desde a entrada em vigor da Constituição, todos os efeitos pretendidos pelo legislador constituinte⁷. As normas constitucionais de eficácia contida também produzem efeitos a partir da

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 31.

⁵ SOUZA, Nelson Oscar de. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 410.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 82 – 87.

⁷ Como exemplo de norma constitucional de eficácia plena: artigo 46, § 1º, CFRB/88:

Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

§ 1º Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos.

entrada em vigor da Constituição, porém, podem ter sua eficácia e sua aplicabilidade restringidas por eventual norma regulamentadora, se editada⁸. Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada não receberam do legislador constituinte normatividade suficiente para sua aplicação direta, imediata e integral, demandando uma norma regulamentadora para tanto⁹.

As normas constitucionais de eficácia limitada se subdividem, ainda, em duas categorias: *institutivas*¹⁰ e *programáticas*. As primeiras dizem respeito à organização do Estado, “criam novos institutos, serviços, órgãos ou entidades que precisam de legislação futura para que ganhem vida real”¹¹. De outro modo, as normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático “versam sobre matéria eminentemente ético-social, constituindo verdadeiramente programas de ação social (econômica, religiosa, cultural etc.)”¹². Em suma, as normas constitucionais limitadas de princípio programático estabelecem diretrizes a serem seguidas e metas a serem alcançadas pelo Poder Público.

Logo, haverá omissão inconstitucional a ensejar a impetração de Mandado de Injunção toda vez que, em virtude da inércia legislativa¹³, a ausência de norma regulamentadora de norma constitucional de eficácia limitada

⁸ O artigo 5º, inciso XIII, CRFB/88, pode ser utilizado como exemplo de norma constitucional de eficácia contida: “XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

⁹ Nesse caso, a norma regulamentadora seria a “medida para tornar efetiva norma constitucional”, conforme disposto no artigo 103, § 2º, CRFB/88. (GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o Mandado de Injunção. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: Defesa da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 711)

¹⁰ O artigo 91, § 2º, CRFB/88, traz norma constitucional de eficácia limitada de princípio intitutivo ao dispor que “a lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional”.

¹¹ MARTINS, Flavia Bahia. *Direito Constitucional*. 3ª ed. Niterói: Impetus, 2013. p. 45.

¹² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 84.

¹³ Conforme esclarecido anteriormente, o objeto de estudo do presente trabalho será a eficácia e a efetividade das decisões proferidas em Mandado de Injunção impetrado em razão de inconstitucionalidade por omissão legislativa.

inviabilizar “o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”¹⁴⁻¹⁵.

Nesse ponto, ressalta-se que a inércia ilegítima do legislador poderá ser *total* ou *parcial*¹⁶.

A omissão inconstitucional *total* ocorrerá “quando o legislador, tendo o dever de atuar, abstinha-se inteiramente de fazê-lo, deixando um vazio normativo na matéria”¹⁷. Em outras palavras, haverá inércia ilegítima *total* quando ausente por completo a norma regulamentadora.

Em contrapartida, existirá omissão inconstitucional *parcial* “se a regulamentação editada for incapaz de viabilizar o exercício integral do direito previsto na norma constitucional não exequível por si mesma”¹⁸. Portanto, não basta que o legislador edite norma regulamentadora, se esta não for capaz de possibilitar o exercício de direito ou liberdade previsto na norma constitucional¹⁹.

¹⁴ Não será toda e qualquer omissão legislativa capaz de ensejar a impetração do Mandado de Injunção. “É necessário que a ausência de norma torne inviável o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas. (...) A injunção não é um modo de tornar de fato respeitadas as normas de eficácia plena, mas sim de tornar plenamente eficazes as de eficácia limitada”. (SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de Injunção. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: Defesa da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 582)

¹⁵ Artigo 5º, inciso LXXI, CRFB/88.

¹⁶ Artigo 2º, Lei 13.300/16:

Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Parágrafo único. Considerase parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 35.

¹⁸ FONSECA, João Francisco N. da Fonseca. *O Processo do Mandado de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 41.

¹⁹ “É possível impetrar mandado de injunção mesmo depois de editada norma com o objetivo expresso de regulamentar certo direito ou liberdade constitucional, desde que a regulamentação editada não seja suficiente para a viabilidade de seu exercício”. (SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de Injunção. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: Defesa da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 585)

Contudo, “a inconstitucionalidade por omissão normativa requer um elemento adicional para a sua configuração: o lapso temporal”²⁰.

Afinal, seria no mínimo desarrazoável esperar que a autoridade a qual a norma constitucional determina a edição de norma regulamentadora o faça imediatamente após a entrada em vigor de tal comando constitucional, desconsiderando a necessidade de prévio estudo de impactos e ignorando por completo as etapas do processo legislativo²¹ ou as formalidades exigidas ao Poder Executivo para introduzir novos atos administrativos-normativos.

Entretanto, a definição de “prazo razoável” para a edição da norma regulamentadora não pode ser encontrada na legislação brasileira. Deve-se levar em consideração diversos fatores, de modo a seguir a vontade do constituinte e alcançar a melhor solução ao cenário apresentado.

A determinação do que seja um “prazo razoável” para a edição da norma regulamentadora dependerá de vários fatores. Geralmente, por exemplo, a edição de uma lei demanda mais tempo do que a elaboração de uma portaria ou de um decreto administrativo. Além do tipo de norma jurídica, devem ser levadas em consideração, a complexidade e a relevância da matéria de que tratará a regulamentação. Também não podem ser ignorados os fatores circunstanciais, tais como aqueles relativos ao momento político, econômico e social por que passa o país (ou o ente federativo em questão).²²

²⁰ FONSECA, João Francisco N. da Fonseca *O Processo do Mandado de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 35.

²¹ Faz-se necessário destacar que, como bem apontado por Paulo Eduardo Garrido Modesto, “o simples fato de já se ter iniciado o processo legislativo não autoriza a repulsa ao mandado de injunção”, na medida que a “tramitação de um projeto de lei no Congresso, com a lentidão do processo legislativo brasileiro, não ‘viabiliza’ sob aspecto algum, para ninguém, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa de matriz constitucional”. (MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por Omissão. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: Defesa da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1.226). Outro não foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Mandado de Injunção n. 323-8/DF: “Passados mais de cinco anos da promulgação da Constituição, sem que o Congresso Nacional haja regulamentado o referido dispositivo constitucional, e sendo certo que a simples tramitação de projetos nesse sentido não é capaz de elidir a mora legislativa, não há dúvida de que esta, no caso, ocorre”. (STF, MI n. 323-8/DF, Rel. Ministro Moreira Alves, Brasília, 08 de abr. 1994)

²² FONSECA, João Francisco N. da Fonseca. *O Processo do Mandado de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 37.

A norma constitucional poderá, contudo, estipular prazo para a edição da norma regulamentadora. Neste caso, a autoridade competente não estará em mora enquanto perdurar o tempo concedido pela própria Constituição, não havendo falar em inconstitucionalidade por omissão²³.

Destarte, a fim de combater as inconstitucionalidades oriundas da inércia ilegítima do legislador²⁴, o constituinte de 1988 introduziu duas ações ao ordenamento jurídico brasileiro, as quais serão vistas a seguir: o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

1.2 A origem do Mandado de Injunção

O remédio constitucional ora em análise surgiu no Direito Brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso LXXI, CRFB) e, apesar da divergência doutrinária quanto à sua origem, parece pacífico que o Mandado de Injunção tenha raízes no Direito Comparado²⁵⁻²⁶.

²³ “Havendo prazo fixado para a edição da norma regulamentadora, como já dito, não se caracteriza a inconstitucionalidade por omissão enquanto não escoado o lapso temporal, já que este foi estabelecido pela própria Constituição.” (FONSECA, João Francisco N. da Fonseca. *O Processo do Mandado de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 36)

²⁴ Como dito, o presente trabalho limitar-se-á a analisar os efeitos da decisão proferida em Mandado de Injunção impetrado em face de inconstitucionalidade legislativa por omissão. Todavia, cumpre esclarecer que a norma regulamentadora faltante pode ser de qualquer espécie legislativa (artigo 102, inciso I, alínea “q”, CRFB/88), ato administrativo (artigos 102, inciso I, alínea “q”, e 105, inciso I, alínea “h”, CRFB/88) ou ato da administração indireta (artigo 105, inciso I, alínea “h”, CRFB/88), norma regimental de Tribunal (artigo 96, inciso I, alínea “a”, CRFB/88). (SUNDFELD, Carlos Ari. Mando de Injunção. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: Defesa da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 585)

²⁵ Para alguns doutrinadores, o constituinte brasileiro de 1988 também teria utilizado o *juicio de amparo* mexicano para a criação do Mandado de Injunção. Contudo, o escopo do remédio constitucional mexicano é extremamente amplo, podendo ser denominado *amparo contra la privación ilegal de la libertad* (similar ao *habeas corpus*), *amparo contra leyes* (instituto de impugnação de inconstitucionalidade) etc. (SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. Remédios Constitucionais na América Latina: Um Breve Panorama Histórico-Comparativo das Garantias Fundamentais no Brasil e do Amparo Latino-Americano. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2015, vol. 7, n. 13, Jul.- Dez. p. 496-516. Disponível em <http://www.abdconst.com.br/revista14/remediosLuisGeziela.pdf>. Acesso em 08 out. 2017)

²⁶ Sem embargo, parte da doutrina constitucionalista afirma que o constituinte brasileiro se pautou também na *injonction* francesa e na *Verfassungsbeschwerde* do Direito Alemão, reclamação constitucional “destinado a controlar ação ou omissão dos poderes públicos que viole direitos

Com efeito, a doutrina majoritária acredita que o constituinte de 1988 tenha se inspirado nos instrumentos já existentes nos países de *Common Law* para a criação do Mandado de Injunção.

O *writ of injunction*, presente no Direito Inglês e no Direito Estadunidense teve origem na Inglaterra do século XIV, surgindo como importante remédio a ser utilizado no Juízo de Equidade (*Equity*)²⁷. Trata-se, em síntese, de “um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário quando falta norma legal (*statutes*) regulando a espécie, e quando a *Common Law* não oferece proteção suficiente”²⁸.

Não obstante, o Mandado de Injunção difere-se em muito do *writ of injunction* da *Common Law*, posto que o remédio estrangeiro “presta-se a solucionar questões de Direito Público e Privado, sendo considerado um dos remédios extraordinários”²⁹.

Além disso, a injunction serve para proteger uma variedade de direitos (autoaplicáveis ou não) – inclusive e principalmente os de natureza privada – muito maior que aquela protegida pelo mandado de injunção, o qual serve exclusivamente para tutela de direito subjetivo constitucional ainda não regulamentado.³⁰

Igualmente não se pode atribuir a criação do Mandado de Injunção ao tratamento conferido à inconstitucionalidade por omissão pelo Direito Português, apesar de certa influência sobre o constituinte brasileiro.

Isso porque a Constituição da República Portuguesa restringe-se à inércia legislativa e estabelece, como consequência única da verificação de existência

fundamentais”. (FONSECA, João Francisco N. da Fonseca. *O Processo do Mandado de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 58)

²⁷ O Juízo de Equidade profere decisão pautada no justo natural, segundo valores sociais. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 466)

²⁸ *Ibid.* p. 446.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Mendes Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 324.

³⁰ FONSECA, João Francisco N. da Fonseca. *O Processo do Mandado de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 57.

da inconstitucionalidade por omissão, a mera ciência ao órgão legislativo competente, conforme disposto em seu artigo 283º:

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.
2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

Não parece restar dúvidas, portanto, de que o Mandado de Injunção previsto no artigo 5º, inciso LXXI, CRFB/88, consiste em verdadeira inovação do legislador constituinte brasileiro de 1988.

1.3 O Mandado de Injunção no Direito Brasileiro

Em razão do Princípio da Unidade da Constituição, toda norma constitucional deve ser interpretada em harmonia com o resto da Lei Maior. “Segundo esse princípio, a Constituição formaria um sistema equilibrado de regras e princípios, não colidentes entre si, e o intérprete deveria observar essa unidade constitucional na hora de interpretá-la”³¹⁻³².

Logo, ao dispor, em seu artigo 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, a CRFB determina “que nenhum direito ou garantia que tenha assegurado dependa de ulterior providência, legislativa ou administrativa, para tornar-se, *de direito*, eficaz”³³.

³¹ MARTINS, Flavia Bahia. *Direito Constitucional*. 3ª ed. Niterói: Impetus, 2013. p. 60.

³² É a partir do Princípio da Unidade da Constituição que se comprehende que inexiste hierarquia entre as normas constitucionais. Por isso, “as disposições idealizadas pelo constituinte originário devem ser analisadas harmoniosamente, pois não há verdadeira antinomia entre as normas constitucionais”. (*Ibid.* p. 60)

³³ SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de Injunção. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: Defesa da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 581.

No entanto, como demonstrado, existem as normas constitucionais de eficácia limitada, que são aquelas que demandam uma norma regulamentadora para que possam ter sua eficácia e aplicabilidade integral, e, diante da inérgia do órgão ao qual a Constituição atribuiu o dever de elaboração da norma regulamentadora, surgirá a inconstitucionalidade por omissão, isto é, o titular do direito, da liberdade ou da prerrogativa conferido pela norma constitucional não terá meios para exercê-lo³⁴.

Assim, o constituinte de 1988 introduziu o Mandado de Injunção no ordenamento jurídico brasileiro, de forma a oferecer um remédio constitucional capaz de possibilitar o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional e, com isso, cumprir o Princípio da Unidade da Constituição³⁵.

Com efeito, conforme ensina o Professor Adhemar Ferreira Maciel, a intenção do constituinte³⁶, ao criar o Mandado de Injunção, não era trazer a

³⁴ Ari Sundfeld ensina que:

A dificuldade está em que, se é verdade que os direitos e garantias outorgados pela Constituição são juridicamente exigíveis independentemente de outra providência, nem sempre há a possibilidade de exercê-los, pela ausência legal ou administrativa que os regulamente. Dessarte, a norma do § 1º do art. 5º estava fadada a não surtir os efeitos desejados se a Constituição não oferecesse um instrumento para sanar essa falta. (SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de Injunção. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: Defesa da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 581)

³⁵ “Podemos, pois, conceituar o mandado de injunção como sendo o procedimento, previsto na Carta Suprema, pelo qual se visa obter ordem judicial que assegure, no caso concreto, o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade e à cidadania, quando inviável, por falta de norma regulamentadora. Ele permite o desfrute, em toda a latitudine do termo, dos direitos e liberdades constitucionais e, nesse sentido, a realização prática do disposto no artigo 5º, § 1º, da CF”. (CARRAZZA, Roque Antonio. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: Defesa da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1.252)

³⁶ O criador do Manado de Injunção, o Senador Virgílio Távora, assim expressou sua motivação e sua intenção:

Refletindo essa preocupação com a não implementação da Constituição – o que revela um descumprimento dos mandamentos constitucionais – e inspirando-nos no exemplo do Estatuto Maior português (art. 283), conferindo-lhe, porém, uma abrangência maior, submetemos à apreciação da Assembléia Nacional Constituinte sugestão de norma constitucional criando o instituto jurídico da “inconstitucionalidade por omissão”, voltado para a proteção dos direitos subjetivos (ou expectativas de direito) de pessoas físicas ou jurídicas, criados de forma genérica pela Constituição e não implementados por inérgia quer do Poder Legislativo, quer do Poder Executivo, quer do Poder Judiciário. Prevista a norma de proteção aos direitos públicos

inconstitucionalidade por omissão prevista no Direito Português, mas “introduzir no Direito Constitucional brasileiro (...) um controle *concreto* por ato omissivo de qualquer ato público encarregado de integrar normativamente Direito Constitucional já dado”³⁷.

No histórico discurso proferido durante a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Ulysses Guimarães destacou a finalidade do Mandado de Injunção como instrumento contra a inércia do Poder Público:

Nós, os legisladores, ampliamos nossos deveres. Teremos de honrá-los. A Nação repudia a preguiça, a negligência, a inépcia. (...) Soma-se à nossa atividade ordinária, bastante dilatada, a edição de 56 leis complementares e 314 ordinárias. Não esqueçamos que, na ausência de lei complementar, os cidadãos poderão ter o provimento suplementar pelo mandado de injunção.³⁸

O Mandado de Injunção é, por conseguinte, a ação constitucional a ser proposta quando a falta de norma regulamentadora impedir o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, não se limitando àqueles previstos no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) da CRFB/88. Ademais, é um instrumento de proteção de direitos individual, coletivo ou difuso.

subjetivos, faz-se mister a criação de instituto jurídico-processual para a efetivação dessa norma. E esse instituto, de preferência, deve ter o *status* de garantia constitucional. (Diário da Assembléia Nacional Constituinte, 29 de abr. 1987, p. 99 – 100 *apud* MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: Defesa da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 794)

³⁷ MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: Defesa da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 794.

³⁸ Câmara dos Deputados - Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação. *Escrevendo a História – Série Brasileira*. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituinte-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em 07 nov. 2017.

Uma vez que o texto constitucional é expresso ao afirmar que o Mandado de Injunção será concedido quando a ausência de norma regulamentadora inviabilizar o exercício das “prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, convém esclarecer em que consistem tais prerrogativas.

As prerrogativas inerentes à nacionalidade “são aquelas próprias da condição de brasileiro”³⁹, envolvendo as questões de aquisição e perda da nacionalidade brasileira e cargos privativos aos brasileiros, disciplinadas nos artigos 12 e 13, CRFB/88.

As prerrogativas inerentes à cidadania⁴⁰ – fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso II, CRFB/88) – incluem os direitos políticos ativos, como o direito ao voto (artigo 14, CRFB), o direito a participar de referendos (artigo 14, inciso II, CRFB/88) e a legitimidade para propor ação popular (artigo 5º, LXXIII, CRFB/88), e passivos, como o direito a ser votado (artigo 14, § 3º, CRFB/88). As prerrogativas inerentes à cidadania são, portanto, todas aquelas ligadas à condição de cidadão.

As prerrogativas inerentes à soberania são aquelas referentes à soberania do Estado brasileiro no plano internacional (artigo 1º, inciso I, CRFB/88), e à soberania popular, exercida por meio de voto, plebiscito, referendo e iniciativa popular, conforme o artigo 14, CRFB/88.

A Constituição Federal de 1988 não previu, contudo, o procedimento do Mandado de Injunção, de forma que o legislador, seguindo entendimento

³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de Injunção. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: Defesa da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 586.

⁴⁰ “Mas como fundamento do Estado brasileiro, o conceito de cidadania apesar de englobar os direitos políticos, avança na proteção à cidadania real, material. E exercer a cidadania plena significa ter os direitos fundamentais amplamente assegurados”. (MARTINS, Flavia Bahia. *Direito Constitucional*. 3^a ed. Niterói: Impetus, 2013. p. 307)

adotado pelo Supremo Tribunal Federal⁴¹, dispôs, no artigo 24, Parágrafo Único, da Lei 8.038/1990, que “no mandado de injunção (...) serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica”.

Tal entendimento foi mantido, posteriormente, pela lei que disciplinou o processo e o julgamento do Mandado de Injunção, Lei 13.300/2016, que estabelece a aplicação subsidiária das Lei 12.016/2009 (Lei que disciplina o Mandado de Segurança) e do Código de Processo Civil de 1973 e do Código de Processo Civil de 2015, na forma dos artigos 1.045 e 1.046, do CPC/15⁴².

Não há prazo decadencial para o ajuizamento do Mandado de Injunção⁴³, tendo em vista que tanto a CRFB/88 quanto a Lei 13/300/2016 permaneceram silentes quanto ao tema.

O Ministério Público, quando não houver impetrado o Mandado de Injunção, será ouvido como *custos legis*, na sua atuação em defesa do interesse público, conforme disposto no artigo 7º, Lei 13.300/2016. Porém, o decurso do prazo previsto na Lei sem a manifestação do Ministério Público não causará a paralisação do processo, que deverá prosseguir, com ou sem seu parecer.

⁴¹ “Assim fixada a natureza jurídica desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte – que está devidamente definida pelo artigo 102, I, q –, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber”. (STF, MI n. 107-3/DF, Rel. Ministro Moreira Alves, Brasília, 23 de nov. 1989)

⁴² Artigo 14, Lei 13.300/2016.

⁴³ Essa é apenas uma das diferenças entre o Mandado de Injunção e o Mandado de Segurança, porquanto o último possui prazo de cento e vinte dias a partir da ciência do ato impugnado (artigo 23, Lei 12.016/2009). Como bem explicado pelo Professor Roque Antonio Carrazza: “Se o direito constitucional não depende de uma norma infraconstitucional para produzir efeitos, qualquer lesão ou ameaça de lesão a este direito é amparável por meio de mandado de segurança.” (CARRAZZA, Roque Antonio. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: Defesa da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1.259). O Mandado de Injunção, por sua vez, exige que a ausência de norma regulamentadora inviabilize o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucionalmente garantida.

Mesmo com o advento da Lei 13.300/2016, dúvidas ainda existem quanto à possibilidade de medidas liminares em Mandado de Injunção.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou quanto ao tema entendendo pela impossibilidade de concessão de medida liminar em sede de Mandado de Injunção. Porém, conforme pontuado por João Francisco N. da Fonseca, essa posição surgiu quando o STF considerava que a procedência do Mandado de Injunção tinha como consequências únicas a declaração de inconstitucionalidade por omissão e a simples comunicação ao órgão incumbido de editar a norma regulamentar, assim como na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão⁴⁴.

Entretanto, como será abordado no Capítulo seguinte, “a jurisprudência evoluiu para conferir ao mandado de injunção a aptidão de tutelar diretamente o direito subjetivo constitucional”⁴⁵, de modo que se espera que a posição do STF quanto à possibilidade de medidas liminares também seja alterada.

1.4 Mandado de Injunção vs. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Feita essa breve, mas necessária, digressão histórica sobre o Mandado de Injunção, faz-se necessário distinguir esse instituto de outro instrumento utilizado na defesa contra omissão do Poder Público: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão⁴⁶. Assim, passa-se ao exame das principais diferenças entre as duas ações constitucionais.

⁴⁴ FONSECA, João Francisco N. da Fonseca. *O Processo do Mandado de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 118.

⁴⁵ *Ibid.* p. 118.

⁴⁶ A confusão entre as duas ações surge do fato de que ambas “pressupõem a existência de um direito constitucional de parte de quem os invoca e, mais do que isso, a impossibilidade de exercê-lo, por falta de uma legislação integradora do Texto Supremo, é dizer, de normas regulamentadoras infraconstitucionais”. (CARRAZZA, Roque Antonio. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: Defesa da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1.244)

Quanto à competência: o julgamento da ADO compete ao Supremo Tribunal Federal, *ex vi* do artigo 102, inciso I, alínea “a”, CRFB/88. A competência para o julgamento do Mandado de Injunção, por sua vez, será definida de acordo com o órgão ao qual a Constituição atribuiu o dever de editar a norma regulamentadora.

Quanto à legitimidade ativa: podem propor ADO os legitimados a propor Ação Direta de Inconstitucionalidade⁴⁷, quais sejam o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (artigo 103, CRFB/88). No que diz respeito à legitimidade do Governador de Estado ou do DF, do partido político com representação no CN, da confederação sindical e da entidade de classe de âmbito nacional⁴⁸, requer-se, ainda, pertinência temática, isto é, a “pertinência entre o objeto da ação de inconstitucionalidade e a defesa do interesse em causa”⁴⁹.

O Mandado de Injunção, no entanto, poderá ser impetrado pelas “pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas”⁵⁰ inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania⁵¹. Quanto ao Mandado de Injunção Coletivo, este poderá ser impetrado:

⁴⁷ Com exceção, por óbvio, do órgão ao qual cabe a edição da norma regulamentadora.

⁴⁸ Estes são chamados de legitimados interessados, especiais ou restritos.

⁴⁹ STF, ADO n. 25/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 30 de nov. 2016.

⁵⁰ Artigo 3º, Lei 13.300/2016.

⁵¹ “O referido mandado poderá ser intentado por qualquer pessoa que teve direito, liberdade ou prerrogativa constitucional inviabilizados por falta de norma regulamentadora (...).” (PIVA, Otávio. *Comentários ao Art. 5º da Constituição Federal de 1988 e Teoria dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2009. p. 293)

I – pelo Ministério Pùblico, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

II – por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;

III – por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

IV – pela Defensoria Pùblica, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.⁵²

Quanto ao procedimento: o processo e julgamento da ADO está previsto na Lei 9.868/1999, enquanto que o processo e julgamento do Mandado de Injunção foi recentemente regulamentado por meio da Lei 13.300/2016, que estabeleceu, como visto anteriormente, a aplicação subsidiária das normas aplicáveis ao Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009) e do Código de Processo Civil de 1973 e do Código de Processo Civil de 2015, na forma dos artigos 1.045 e 1.046, do CPC/15.

Quanto à finalidade: a finalidade da ADO é substancialmente mais abrangente que a do Mandado de Injunção, porquanto “visa tornar efetiva *qualquer* norma constitucional não regulamentada” e “serve de tutela ao direito objetivo”⁵³. Em contrapartida, o Mandado de Injunção, como visto, será concedido “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes

⁵² Artigo 12, Lei 13.300/2016.

⁵³ GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o Mandado de Injunção. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: Defesa da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 717.

à nacionalidade, à soberania e à cidadania”⁵⁴, ou seja, o objetivo é regulamentar um direito subjetivo.

Quanto à eficácia: a decisão proferida em ADO terá eficácia *erga omnes*, diferentemente da decisão proferida em Mandado de Injunção, que terá, em regra, eficácia *inter partes*, não obstante a possibilidade de se conferir 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”⁵⁵.

Quanto aos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão: o artigo 103, § 2º, CRFB, estabelece que:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Ou seja, a procedência da ADO implicará na comunicação da omissão inconstitucional ao Poder competente para que este adote as “providências necessárias”, fixando um prazo de trinta dias quando se tratar de inércia administrativa. Nessa linha, ensina o Professor Carlos Ari Sundfeld:

o Judiciário não pode, na ação de inconstitucionalidade por omissão, editar normas faltantes ou condenar o Estado à adoção das medidas administrativas necessárias. A edição de norma, para o caso concreto, só pode ser feita no mandado de injunção”.⁵⁶

Percebe-se, assim, que o constituinte de 1988 preocupou-se demasiadamente com o Princípio da Harmonia, Separação e Independência dos Poderes, o que, por via de consequência, prejudicou a utilidade da ADO⁵⁷. Logo,

⁵⁴ Artigo 5º, inciso LXXI, CRFB/88. Entende-se, porém, que o rol é meramente exemplificativo, razão pela qual o Mandado de Injunção poderá ser impetrado em virtude de qualquer direito ou liberdade constitucionais ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania não regulamentados. (PIVA, Otávio. *Comentários ao Art. 5º da Constituição Federal de 1988 e Teoria dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2009. p. 294)

⁵⁵ Artigo 9º, § 1º, Lei 13.300/2016.

⁵⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de Injunção. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: Defesa da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 591. p. 591.

⁵⁷ Em síntese, na ADO, o Supremo Tribunal Federal apenas declara formalmente a inconstitucionalidade por omissão e, se o órgão titular do dever de editar a norma regulamentadora permanecer inerte, não

afirma-se que a decisão proferida em ADO tem natureza jurídica basicamente declaratória.

Em contrapartida, os efeitos do Mandado de Injunção, hoje, são maiores que a simples “comunicação” ao órgão em mora, como será demonstrado no capítulo a seguir.

poderá o STF editar norma genérica. “Aí é que entra a vez do mandado de injunção: aquele que seria beneficiado pela norma não-feita deve se prevalecer do mandado de injunção e, só em seu caso particular, concreto, pedir ao Judiciário que ‘legisle’”. (MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: Defesa da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 800)

Capítulo 2 – Efeitos práticos do Mandado de Injunção

2.1 Os efeitos do Mandado de Injunção na visão da doutrina

Desde a criação do Mandado de Injunção, a doutrina especializada vem divergindo sobre os efeitos da procedência do remédio constitucional. Dessa forma, passa-se a analisar as teorias doutrinárias acerca da decisão proferida em Mandado de Injunção.

2.1.1 Teoria Não-Concretista

A Teoria Não-Concretista causou verdadeiro sentimento de frustração naqueles que viam no Mandado de Injunção uma inovação brasileira para solucionar a inconstitucionalidade por omissão. Trata-se da primeira posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, na qual a decisão proferida teria natureza meramente declaratória.

Em prol do Princípio da Separação dos Poderes, os adeptos a Teoria Não-Concretista defendem que o Poder Judiciário não poderia suprir a lacuna normativa e tampouco poderia estabelecer um prazo para sua edição pelo órgão inerte. A procedência do Mandado de Injunção, portanto, teria como consequência única a declaração da inconstitucionalidade por omissão, dando ciência ao órgão competente para que a supra.

2.1.2 Teoria Concretista

Em contrapartida, a segunda corrente doutrinária sustenta que a concessão do Mandado de Injunção implica na comunicação da mora inconstitucional ao órgão inerte e no fornecimento dos meios necessários para o exercício do direito pelo Poder Judiciário, até o advento da norma regulamentadora faltante.

Para os adeptos da Teoria Concretista, a decisão de concessão do Mandado de Injunção é, além de declaratória, constitutiva.

Contudo, ainda entre aqueles que seguem essa teoria, há divergência quanto à eficácia da decisão, de modo que a Teoria Concretista é dividida em Teoria Concretista Geral e Teoria Concretista Individual, sendo certo que esta última ainda se subdivide em Direta e Intermediária.

2.1.2.1 Teoria Concretista Geral

Os que adotam a Teoria Concretista Geral defendem que “o STF, por meio da decisão dotada de eficácia *erga omnes*, implementa a todos o exercício do direito ou liberdade reclamada, enquanto não for suprida a omissão”⁵⁸. O Poder Judiciário assumiria, assim, o papel de legislador positivo, solucionando a omissão constitucional por meio de decisão vinculante e aplicável a todos.

2.1.2.2 Teoria Concretista Individual Direta

Segundo a Teoria Concretista Individual Direta, “o Judiciário poderá aplicar por analogia lei já existente para resolver o caso específico, tendo a decisão efeito *inter partes*”⁵⁹.

Assim, quando da concessão do Mandado de Injunção, o Poder Judiciário forneceria os meios necessários para o exercício do direito, empregando norma existente e análoga ao caso apresentado.

Entretanto, a decisão de procedência do Mandado de Injunção, para os adeptos da Teoria Concretista Individual Direta, produziria efeitos somente entre as partes, ou seja, somente ao impetrante seriam fornecidos os meios para

⁵⁸ PIVA, Otávio. *Comentários ao Art. 5º da Constituição Federal de 1988 e Teoria dos Direitos Fundamentais*. 3^a ed. São Paulo: Método, 2009. p. 295.

⁵⁹ MARTINS, Flavia Bahia. *Direito Constitucional*. 3^a ed. Niterói: Impetus, 2013. p. 293.

exercer seu direito, liberdade ou prerrogativa ameaçados pela omissão constitucional.

2.1.2.3 Teoria Concretista Individual Intermediária

De acordo com a Teoria Concretista Individual Intermediária, o Poder Judiciário, ao conceder o Mandado de Injunção, deverá, além de comunicar a omissão constitucional ao órgão competente, fixar um prazo para a edição da norma regulamentadora faltante.

Entre os adeptos dessa corrente, encontra-se o Ministro Alexandre de Moraes, entendendo que a proposta “do Poder Judiciário, após julgar procedente o mandado de injunção estabelecer um prazo para que a Constituição Federal seja regulamentada, antes de efetivamente colmatá-la, adequa-se perfeitamente à ideia de Separação de Poderes”⁶⁰.

2.2 Jurisprudência

Expostas as teorias criadas pela doutrina constitucionalista, passa-se a analisar as diferentes posições adotadas pelos Tribunais Pátrios, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, “o guardião da Constituição”.

Conforme exposto anteriormente, a primeira teoria seguida pelo STF foi a Teoria Não-Concretista, quando, durante o julgamento do MI n.º 107-3/DF, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão do Plenário, por unanimidade, reconheceram “a natureza mandamental do Mandado de Injunção”⁶¹, consignando que as consequências de sua concessão seriam a mera

⁶⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 195.

⁶¹ “EMENTA: Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não. Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de constitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mera em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe de ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, a semelhança do que ocorre com a ação direta

declaração da constitucionalidade por omissão e a comunicação da mora ilegítima do órgão competente, para que edite a norma regulamentadora necessária para o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa do impetrante.

Com efeito, quando do julgamento do MI n. 168-5/RS, o Plenário do STF, por unanimidade, reiterou seu posicionamento:

O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de constitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que o cumpra.⁶²

Dessa forma, o primeiro entendimento do STF quanto ao Mandado de Injunção foi no sentido de atribuir à decisão de concessão do remédio constitucional os mesmos efeitos da procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Por conseguinte, haveria “dois remédios constitucionais para que seja dada ciência ao órgão omissivo do Poder Público, e *nenhum* para que se componha, em via judicial, a violação do direito constitucional pleiteado”⁶³.

Esse posicionamento, porém, mostra-se incompatível com a finalidade do constituinte de 1988, na medida em que “a equiparação do mandado de injunção a ação direta de inconstitucionalidade por omissão esvazia a verdadeira natureza

de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. Assim fixada a natureza desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte - que está devidamente definida pelo artigo 102, I, ‘q’ -, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator.” (STF, MI n. 107/QO, Rel. Ministro Moreira Alves, Brasília, 23 de nov. 1989)

⁶² STF, MI n. 168-5, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 21 de mar. 1990.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 126.

do instituto, afastando sua finalidade constitucional”⁶⁴, que é a garantia do “exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”⁶⁵.

Em razão das fortes críticas doutrinárias e da ampla discordância dos tribunais inferiores, o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento a partir do julgamento do Mandado de Injunção impetrado com o fundamento no artigo 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica b.º S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n.º S-285-GM5, será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

Com o término do prazo concedido e a inércia do Congresso Nacional em editar a referida lei, foi impetrado o MI n. 283-5, por meio do qual o Plenário do STF, por maioria de votos, deferiu parcialmente os pedidos deduzidos no Mandado de Injunção, nos seguintes termos:

EMENTA: Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, § 3º, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença liquida de indenização por perdas e danos.

1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contém o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232).

2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8º, § 3º - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a

⁶⁴ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 358.

⁶⁵ Artigo 5º, inciso LXXI, CRFB/88.

contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada.

3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito.

4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para:

- a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8º, § 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República;
- b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada;
- c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença liquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem;
- d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedira o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.⁶⁶

Naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal manteve a ideia de que a decisão de concessão do Mandado de Injunção teria natureza jurídica mandamental, com a declaração da omissão constitucional e a sua comunicação ao órgão omissio, porém, decidiu, ainda, deferir o MI n. 283-5 para (i) assinalar prazo para a promulgação da norma regulamentadora; (ii) conceder ao impetrante, caso ultrapassado o prazo concedido sem edição da lei faltante, a faculdade de obter reparação pelos danos causados pela inércia do Legislativo; e (iii) registrar que a superveniência da norma regulamentadora não prejudicaria a coisa julgada, mas tampouco "impediria o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável".

⁶⁶ STF, MI 283-5, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 20 de mar. 1991.

Ao término do prazo concedido pelo Supremo Tribunal Federal com a ausência da norma regulamentadora, foi impetrado o MI n. 284-3, a partir do qual os ministros da Suprema Corte reiterou o entendimento de que a decisão de procedência do Mandado de Injunção possui natureza mandamental e afirmou que “o novo ‘writ’ constitucional (...) não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho das funções político jurídico atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes”, sendo certo que o remédio constitucional imporia ao Poder Judiciário “o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder”⁶⁷.

Assim, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assinalou que, embora previamente comunicado de sua mora inconstitucional, quando do julgamento do MI n. 283-5, o Congresso Nacional “absteve-se de adimplir obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta”, dispensando-se nova comunicação e assegurando-se, desde então, aos impetrantes a possibilidade de ajuizarem ação de reparação econômica pelos danos causados pela ausência de meios (*i.e.*, norma regulamentadora) para o exercício de seu direito, liberdade ou prerrogativa constitucionalmente garantidos.

O novo entendimento adotado pelo STF se consolidou com o julgamento do MI n. 232-1, impetrado contra o Congresso Nacional, sob o fundamento de que o artigo 195, § 7º, CRFB/88, estabeleceu que “são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades benfeicentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei” e que, em razão da ausência da norma regulamentadora⁶⁸, o exercício do direito do impetrante, o Centro de Cultura Prof. Luiz Freire, não poderia ser exercido.

⁶⁷ STF, MI n. 284-3, Rel. p/ Acórdão Ministro Celso de Mello, Brasília, 22 de nov. 1991.

⁶⁸ A mora ilegítima do legislativo ocorreu em razão do artigo 59 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, que dispõe que “os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los”.

Naquela ocasião, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, deferiu parcialmente o MI n. 232-1 para declarar a mora constitucional do Congresso Nacional e conceder-lhe prazo de seis meses para editar a norma regulamentadora prevista no artigo 195, § 7º, CRFB/88, “sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida”⁶⁹.

Percebe-se, assim, que, uma vez mais, o STF optou por privilegiar o Princípio da Separação dos Poderes, quando do julgamento do MI n. 232-1, porquanto, “na hipótese aqui versada, o Tribunal não precisará suprir qualquer lacuna normativa. Limitar-se-á a considerar auto-aplicável norma que conferia um direito, mas condicionava-o ao preenchimento de requisitos que a lei ditara”, sem exigir do Poder Judiciário “uma atuação de integração da ordem jurídica”⁷⁰.

Vale mencionar que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro seguiu caminho diverso no julgamento do MI n. 6/90, impetrado por dois detetives inspetores, eleitos Presidente e Diretor de Comunicação Social da Federação Nacional da Polícia Civil, contra a Secretaria de Estado da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, com fundamento no artigo 84, parágrafo único da Constituição Estadual do Rio de Janeiro, que assim estabelece:

Parágrafo único – A lei disporá sobre a licença sindical para os dirigentes de Federações e Sindicatos de servidores públicos, durante o exercício do mandato, resguardados os direitos e vantagens inerentes à carreira da cada um.

Durante o julgamento, o Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do TJERJ entendeu que:

É admissível mandado de injunção seja qual for o texto constitucional, federal ou estadual, que preveja o direito cujo exercício depende de norma regulamentadora ainda não editada. Não conflita com a Carta da República a disposição do art. 84, parágrafo único, da Constituição Estadual do Rio de Janeiro, que trata de “licença sindical” para

⁶⁹ STF, MI n. 232-1, Rel. Ministro Moreira Alves, Brasília, 02 de ago. 1991.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 238.

os servidores públicos civis eleitos para cargos de direção em federações ou sindicatos de categoria, durante o exercício do mandato. A servidores nessa situação reconhece-se o direito, até a entrada em vigor da lei regulamentadora, ao gozo de licença não remunerada, determinando-se à autoridade impetrada que o afaste de suas funções, sem prejuízo dos direitos e vantagens à carreira.⁷¹

Desse modo, verifica-se que “a decisão fundou-se nos critérios adotados pela Consolidação das Leis do Trabalho, que, embora inaplicável à espécie, inspirou a regra concreta formulada pelo órgão julgador”⁷².

Com efeito, o STF, ao julgar o MI n. 232-1, estabeleceu que o impetrante gozaria da imunidade prevista no artigo 195, § 7º, CRFB/88, ou seja, permitiu o exercício do direito constitucionalmente garantido, caso o órgão ao qual a Constituição Federal de 1988 incumbiu o dever de editar a norma regulamentadora (no caso, o Congresso Nacional) não o fizer dentro do prazo concedido quando da comunicação da sua omissão constitucional.

O Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do TJERJ, no julgamento do MI n. 6/90, foi além, fazendo uso do método da analogia ao fundamentar sua decisão com a utilização dos critérios estabelecidos na CLT.

Diante das lacunas ainda existentes após quase vinte anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal se viu compelido a alterar sua posição quanto à eficácia da decisão de concessão do Mandado de Injunção, a fim de conferir maior credibilidade ao remédio e fazer valer o texto constitucional, garantindo direitos, prerrogativas e liberdades cujo meio de exercício foi atribuído ao Poder Público pelo legislador constituinte.

⁷¹ TJRJ, MI n. 06/90, Rel. Desembargador J. C. Barbosa Moreira, Rio de Janeiro, 21 de dez. 1990.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 130.

Dessa forma, o STF passou a julgar mandados de injunção à luz da Teoria Concretista Geral e da Teoria Concretista Individual, em claro exercício do ativismo judicial⁷³.

O marco dessa mudança de entendimento foi o julgamento do MI n. 708⁷⁴, interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – SINTEM contra o Congresso Nacional, em virtude da ausência da norma regulamentadora a qual se refere o artigo 37, inciso VII, CRFB/88, que dispõe que “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

Ante a inércia do legislador, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão Plenária e por maioria de votos, reconheceram a gradual flexibilização da interpretação constitucional fixada nos primeiros julgamentos do remédio, “para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção”, de modo que “o Tribunal passou a admitir soluções ‘normativas’ para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva”, consoante previsto no artigo 5º, inciso XXXV, CRFB⁷⁵.

No julgamento do MI n. 708, os Ministros destacaram que a existência ou não “de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis” já

⁷³ “A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*: [Syn]Thesis. Rio de Janeiro, 2012, vol. 5, n. 1, p. 23 - 32. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em 1º nov. 2017)

⁷⁴ STF, MI n. 708, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 25 de out. 2007.

⁷⁵ Artigo 5º, inciso XXXV, CRFB/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

havia sido apreciado pelo STF e que, em todas as oportunidades, a Corte “firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica”, consoante propagado pelos adeptos da Teoria Não-Concretista.

Assinalou-se, contudo, que a possibilidade de aplicação da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve no âmbito do setor privado, aos servidores públicos civis já havia sido suscitada pelo Ministro Carlos Velloso⁷⁶, em diversas ocasiões, sob o fundamento de que “julgada procedente a injunção, deve o Supremo Tribunal Federal elaborar a norma para o caso concreto, vale dizer, a norma que viabilizará o exercício do direito”⁷⁷.

Perfilhando esse entendimento, o Ministro Relator Gilmar Mendes consignou que:

Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. (...) A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de

⁷⁶ O Ministro Carlos Velloso expressou o mesmo entendimento no julgamento do MI n. 219 (STF, MI n. 279, Rel. Ministro Octavio Gallotti, Brasília, 22 de ago. 1990), MI n. 369 (STF, MI n. 369, Rel. Ministro Néri da Silveira, Brasília, 19 de ago. 1992), MI n. 95 (STF, MI n. 95, Rel. Ministro Carlos Velloso, Brasília, 07 de out. 1992), MI n. 124 (STF, MI n. 124, Rel. Ministro Carlos Velloso, Brasília, 07 de out. de 1992), MI n. 384 (STF, MI n. 384, Rel. Ministro Carlos Velloso, Brasília, 05 de ago. de 1993), MI n. 429 (STF, MI n. 429, Rel. Ministro Carlos Velloso, Brasília, 07 de out. 1994), MI n. 278 (STF, MI n. 278, Rel. p/ Acórdão Ministra Ellen Gracie, Brasília, 03 de out. 2001) e MI n. 585-9 (STF, MI n. 585-9, Rel. Ministro Ilmar Galvão, Brasília, 15 de mai. 2002).

⁷⁷ Em seu voto divergente, durante o julgamento do MI n. 20, o Ministro Carlos Velloso assim se expressou: “(...) passo a fazer aquilo que a Constituição determina que eu faça, como juiz: elaborar a norma para o caso concreto, a norma que viabilizará, na forma do disposto no art. 5º, LXXI, da Lei Maior, o exercício do direito de greve do servidor público. A norma para o caso concreto será a lei de greve dos trabalhadores em geral, que define as atividades essenciais e que regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Sei que na lei 7.783 está disposto que ela não se aplicará aos servidores públicos. Todavia, como devo fixar a norma para o caso concreto, penso que devo e posso estender aos servidores públicos a norma já existente, que dispõe a respeito do direito de greve”. (STF, MI n. 20, Rel. Ministro Celso de Mello, Brasília, 19 de mai. 1994).

ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial.

Apesar da greve dos servidores públicos civis se tratar de um tema delicado, tendo em vista seus impactos no funcionamento da sociedade civil, ressaltou-se que a Constituição Federal de 1988 não havia dado ao legislador a faculdade de regular a matéria, mas sim o dever viabilizar o exercício de tal direito:

A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às "atividades essenciais", é especificamente delineada nos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9º, caput, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9º, §1º), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição.

Por consistir a greve um direito fundamental constitucionalmente tutelado e diante da inércia legislativa, mesmo após diversas comunicações acerca de sua omissão inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal optou pelo ativismo judicial sobre o receio exacerbado de ferir o Princípio da Separação dos Poderes, que tanto retirava a utilidade do remédio constitucional.

Em decisão histórica, o STF decidiu pela aplicação das normas que aplicadas no setor privado (Lei 7.701/1988 e Lei 7.783/1989) para disciplinar o direito de greve dos servidores públicos civil, até o advento da norma regulamentadora pelo Poder Legislativo, adequando-as às peculiaridades da situação e fixando prazo de 60 dias para o Congresso Nacional editar a norma faltante:

Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que,

futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional. 4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei nº 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII). (...) 5.4 A adequação e a necessidade da definição dessas questões de organização e procedimento dizem respeito a elementos de fixação de competência constitucional de modo a assegurar, a um só tempo, a possibilidade e, sobretudo, os limites ao exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos, e a continuidade na prestação dos serviços públicos. Ao adotar essa medida, este Tribunal passa a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem desconsiderar a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos - um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas pela sociedade. 6. Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação do tema no âmbito da justiça federal e da justiça estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. Fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o congresso nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das leis nºs 7.701/1988 e 7.783/1989. (...) 6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.

A partir do julgamento do MI n. 708, o Supremo Tribunal Federal fincou novo posicionamento em relação aos efeitos produzidos pela decisão de concessão do Mandado de Injunção, adotando a Teoria Concretista Geral, isto é, atribuindo eficácia *erga omnes* à sua decisão e possibilitando, por conseguinte, o exercício do direito de greve a todos os servidores públicos civis, e não somente àqueles representados pelo impetrante.

No ano seguinte, o STF concedeu a injunção requerida no MI n. 758⁷⁸, para “assentar o direito do impetrante à contagem diferenciada do tempo de

⁷⁸ “EMENTA: Mandado de Injunção - Natureza. 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. Mandado de Injunção - Decisão - Balizas. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. Aposentadoria - Trabalho em condições especiais - Prejuízo à saúde do servidor - Inexistência de lei complementar - Artigo 40, § 4º, da Constituição Federal. Inexistente a disciplina específica da

serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre, após a égide do regime estatutário, para fins da aposentadoria especial” prevista no artigo 40, § 4º, CRFB/88, determinando a adoção das normas que disciplinam a aposentadoria especial dos trabalhadores em geral (artigo 57, Lei 8.213/93).

Em decisão unânime, os Ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam que, “tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica revelada”, conferindo à decisão eficácia *inter partes*, conforme defendido pelos adeptos da Teoria Concretista Individual⁷⁹.

Ao analisar a jurisprudência mais recente do STF, evidencia-se que a Suprema Corte adotou a Teoria Concretista no que tange aos efeitos da decisão de concessão do Mandado de Injunção.

Instado a analisar a omissão constitucional em relação ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, consagrado no artigo 7º, inciso XXI, CRFB/88⁸⁰, o STF, em diversos Mandados de Injunção⁸¹, reconheceu a inércia legislativa ilegítima, informando o Congresso Nacional de sua mora, para que editasse a norma regulamentadora faltante.

aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.” (STF, MI n. 758, Rel. Ministro Marco Aurélio, Brasília, 1º de jul. 2008)

⁷⁹ A atribuição de eficácia *inter partes* à decisão levou ao ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, pela Procuradoria Geral da República (ADO n. 32, sob relatoria da Ministra Rosa Weber). “A ação teria como um dos objetivos estender os efeitos de anteriores decisões emanadas em mandados de injunção de modo que a mesma valha para todos”. (MAROCCHI, Jair. Sentenças Aditivas e Formação de Precedentes. *Revista de Processo: RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 42, n. 268, p. 515-532, jun. 2017)

⁸⁰ Artigo 7º, inciso XXI, CRFB/88: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”.

⁸¹ STF, MI n. 278, Rel. Ministra Ellen Gracie, Brasília, 03 de out. 2001; STF, MI n. 695, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 1º mar. 2007; STF, MI n. 1.085, Rel. Ministra Cármem Lúcia, Brasília, 11 de mai. 2009; STF, MI n. 945, Rel. Ministro Celso de Mello, Brasília, 15 de jun. 2009.

Assim, quando do julgamento do MI n. 943⁸² e diante da ausência da referida norma, o Relator Ministro Gilmar Mendes concluiu que as reiteradas declarações de omissão constitucional se demonstraram inócuas, havendo permanecido inerte o Congresso Nacional.

Dessa forma, não existiriam dúvidas do dever do Supremo Tribunal Federal de, no exercício de sua função de “guardião da Constituição Federal”, “concretizar o direito constitucional ao aviso prévio proporcional, ponderando qual regra deve ser aplicada nos presentes casos, até que seja editada a lei demandada pela Constituição Federal”, assim como havia feito ao julgar o MI n. 708 e o MI n. 758.

Contudo “o aviso prévio proporcional não possui qualquer parâmetro normativo preestabelecido ou outro critério para ser utilizado provisoriamente na integração do vácuo normativo”, diferentemente dos precedentes do direito de greve e da aposentadoria especial, nos quais foi utilizado o método da analogia com legislação já existente.

Assim, os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram por deferir o MI n. 943 e passaram a debater sobre a solução mais adequada para suprir a lacuna legislativa, tendo em vista o alcance da decisão a ser proferida.

Na ocasião, o Ministro Luiz Fux assentou que “assim como as normas constitucionais têm que ter máxima efetividade, os instrumentos processuais constitucionais têm que ter a máxima efetividade”.

Assim, segundo o Ministro Luiz Fux, “o mandado de injunção veio para colmatar essa lacuna, mas dar uma solução ao caso concreto. Dar aquilo que o legislador não fez”.

⁸² STF, MI n. 943, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 06 de fev. 2013.

O Relator Ministro Gilmar Mendes aproveitou a oportunidade para destacar que, quando o Supremo Tribunal Federal reconhece a existência de uma omissão e reclama normação homogênea para as situações existentes, “essa é uma decisão que, de alguma forma, em muitas vezes, resolve a situação concreta, mas ela também tem um efeito que se projeta para além dos casos”, razão pela qual, após o julgamento do MI n. 708, não foram mais impetrados Mandados de Injunção em matéria de direito de greve. O Relator afirmou o dever do Supremo Tribunal Federal de solucionar o caso concreto, mas ressaltou a existência de um “juízo subjacente que soluciona a situação *in genere*” e consignou que ao solucionar o caso concreto, a Corte estaria também emitindo uma norma para as demais situações, a qual, o Ministro Cesar Peluso acrescentou, deverá ser observada em casos futuros até a edição da norma regulamentadora.

Uma vez direcionado o debate à questão da eficácia da decisão no Mandado de Injunção, o Ministro Ayres Brito insistiu que a natureza do remédio constitucional não é a de “transformar o julgador em legislador”, mas autorizá-lo a decidir o caso concreto ante a ausência da norma faltante, sendo certo que essa decisão irá servir de parâmetro “até que nosso legislador ocupe o seu espaço”.

Diante das diversas sugestões oferecidas, o Relator Ministro Gilmar Mendes optou pelo adiamento do julgamento, “para consolidar as propostas apresentadas e formular solução conciliatória quanto à forma de concretização do aviso prévio proporcional”.

Ante a iminência de regulamentação, ainda que temporária, do direito pelo STF, o Congresso Federal resolveu agir e editou a Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011, disciplinando o instituto do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, previsto no artigo 7º, inciso XXI, CRFB/88.

Dessa forma, os mandados de injunção impetrados com fundamento na falta de regulamentação do direito do trabalhador ao aviso prévio proporcional foram julgados prejudicados, por perda do objeto.

Entretanto, “não se deve julgar prejudicado o mandado de injunção pela superveniência de norma regulamentadora, se esta *não* servir ao impetrante (*i.e.*, se a hipótese normativa não se aplicar ao seu caso)”⁸³.

Por essa razão, o Relator do MI n. 943, Ministro Gilmar Mendes, expressou que:

a superveniência da lei regulamentadora do aviso prévio proporcional, a qual entrou em vigor na data de sua publicação, não tem o condão de prejudicar a continuidade do julgamento deste mandado de injunção e dos demais apregoados conjuntamente, tendo em vista que, na assentada do dia 22.6.2011, o Plenário concordou em julgar procedentes os processos, apenas acolhendo o meu pedido de adiamento para a consolidação das sugestões recebidas e a apresentação de proposta regulamentadora que as pudesse conciliar. Embora a omissão normativa tenha sido sanada a partir de 11.10.2011, data da publicação da Lei 12.506, esta Corte ainda precisa se manifestar sobre a situação dos trabalhadores cujos mandados de injunção tiveram o julgamento suspenso – como o impetrante da presente ação mandamental –, os quais pleitearam judicialmente a efetivação de um direito constitucional que estava esvaziado há cerca de 20 anos.

Com efeito, consoante o afirmado pelo Ministro Dias Toffoli, “se o Supremo Tribunal Federal não tivesse tomado aquela decisão que ficou sobrestada, talvez o legislador não tivesse feito a norma”.

Como os principais obstáculos enfrentados pelos Ministros do STF no início do julgamento do MI n. 943 foram justamente a ausência de parâmetro normativo no ordenamento jurídico brasileiro e a dificuldade na escolha de “balizas adequadas à proteção ao direito ao aviso prévio proporcional”, a superveniência da Lei 12.506/2011 permitiu que a Corte adotasse “posicionamento menos invasivo às competências do Congresso Nacional e

⁸³ FONSECA, João Francisco N. da Fonseca. *O Processo do Mandado de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 88.

perfeitamente cabível para o deslinde das ações mandamentais” propostas durante a omissão constitucional e cujos julgamentos tenham sido “interrompidos para a apresentação de proposta de regulamentação conciliatória a integrar a decisão pela procedência dos respectivos mandados de injunção”.

Por essa razão, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, julgou procedente o MI n. 943, determinando a aplicação dos parâmetros da Lei 12.506/2011 no caso concreto e autorizando os Ministros a decidirem monocraticamente casos idênticos⁸⁴.

Vista a evolução histórica do posicionamento do STF em relação à decisão de procedência do Mandado de Injunção, gradualmente apartando-se da Teoria Não-Concretista e, em evidente amadurecimento de seu entendimento, adotando a Teoria Concretista, faz-se necessário analisar as mudanças trazidas pela Lei 13.300, de 23 de junho de 2016, que disciplinou o processo e o julgamento dos Mandados de Injunção Individual e Coletivo.

⁸⁴ “Assim, partindo da valoração feita pelo legislador infraconstitucional, é possível aplicar não a norma regulamentadora que foi posteriormente editada para expungir a omissão constitucional que por mais de 20 anos ficou configurada, mas parâmetros idênticos aos da referida lei, para solucionar, em princípio, os casos que tiveram o julgamento interrompido em 22.6.2011 nesta Corte. Registre-se, contudo, que, por segurança jurídica, não é possível exigir-se a aplicação dos parâmetros trazidos pela Lei 12.506/2011 para todas as situações jurídicas que se consolidaram entre a promulgação da Constituição e a edição da referida lei. Em primeiro lugar, a mora legislativa pressupõe certo lapso temporal de inação, o que não estaria configurado tão logo promulgada a Constituição, mas, além disso, muitas situações já se consolidaram de tal modo que a Constituição também lhes atribui proteção, a título de ato jurídico perfeito ou de coisa julgada. Nesse contexto, a proposta que trago ao descritivo do Plenário é de aplicação de parâmetros idênticos ao da Lei 12.506/2011 aos casos em exame, salientando que cuidam de impetração de mandado de injunção, anteriormente à edição da referida lei regulamentadora, e cujos julgamentos, muito embora iniciados, foram interrompidos para a apresentação, pelo relator, de proposta de regulamentação conciliatória a integrar a decisão pela procedência dos respectivos mandados de injunção, a qual fora adiantada pelo Plenário desta Corte em 22.6.2011.” (STF, MI n. 943, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 06 de fev. 2013)

Capítulo 3 – Efeitos do Mandado de Injunção na Lei

13.300/2016

Passados quase trinta anos desde a introdução do Mandado de Injunção no ordenamento jurídicos brasileiro, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Poder Legislativo finalmente editou a Lei 13.300, de 23 de junho de 2016, disciplinando o processo e o julgamento dos Mandados de Injunção Individual e Coletivo.

A Lei 13.300/2016 estabeleceu que as consequências do deferimento do Mandado de Injunção em seu artigo 8º, que dispõe que, uma vez reconhecida a mora legislativa, o Poder Judiciário deverá deferir a injunção, (i) determinando prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora faltante; e, caso a omissão constitucional não seja suprida dentro do prazo concedido, (ii) estabelecerá as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los⁸⁵.

Em seguida, no artigo 9º da Lei 13.300/2016, o legislador mostra que optou por adotar a Teoria Concretista Individual, ao limitar a eficácia da decisão às partes. Contudo, o §1º, do aludido dispositivo, estabelece a possibilidade de conferir-se eficácia *ultra parte* ou *erga omnes* à decisão, “quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração”. Em outras palavras, a Lei 13.300/2016 conferiu ao julgador, em casos em que for necessário, a faculdade de atribuir força vinculativa à sua decisão, consoante defendido pela Teoria Concretista Geral.

⁸⁵ Nos termos do artigo 8º, parágrafo único, Lei 13.300/2016, será dispensada a determinação de prazo para a edição da norma regulamentadora “quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, o prazo estabelecido para a edição da norma”.

Em paralelo, o artigo 9º, em seu § 3º, expressou ainda, a possibilidade de, após o trânsito em julgado da decisão, estender seus efeitos a casos análogos, por decisão monocrática do relator.

A Lei 13.300/2016 permitiu, ainda, a revisão da decisão, quando requerida por qualquer interessado, “quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito”⁸⁶.

O artigo 11 da Lei 13.300/2016 dispõe que “A norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável”. Isto é, a norma regulamentadora somente produzirá efeitos retroativos aos impetrantes que já tiveram seus Mandados de Injunção concedidos por decisão transitada em julga, se lhes forem mais vantajosos.

Não obstante o disposto no parágrafo único do artigo 11, Lei 13.300/2016⁸⁷, conforme já exposto no capítulo anterior, não poderá ser julgado prejudicado o Mandado de Injunção impetrado durante a omissão constitucional e pendente de julgamento quando do advento da norma regulamentadora, se esta não for capaz de viabilizar o pleno exercício do direito, prerrogativa ou liberdade constitucionalmente previsto. Dessa forma, o julgador deverá conceder a injunção requerida, fornecendo os meios para o exercício do direito, prerrogativa ou liberdade reclamado, podendo utilizar-se da norma regulamentadora como parâmetro para sua decisão, como ocorreu no julgamento do MI n. 943.

Em relação ao Mandado de Injunção Coletivo, a Lei 13.300/2016 dispôs que a decisão fará coisa julgada limitadamente aos integrantes “da coletividade,

⁸⁶ Artigo 10, Lei 13.300/2016.

⁸⁷ Artigo 11, parágrafo único, Lei 13.300/2016: “Estará prejudicada a impetração se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito”.

do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante”⁸⁸, sem embargo a possibilidade de ser-lhe conferida eficácia *erga omnes*, nas hipóteses previstas no artigo 9º, § 1º, Lei 13.300/2016.

Conforme disposto no parágrafo único do artigo 13 da Lei 13.300/2016, não induzirá litispendência a impetração de Mandados de Injunção Coletivo e Individuais sobre a mesma omissão constitucional, “mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva”. Aqui, a intenção do legislador foi de “evitar que o indivíduo seja inadvertidamente prejudicado por uma impetração coletiva deficiente ou mal fundamentada, conferindo-lhe a opção de continuar buscando a tutela do seu direito por sua conta e risco”⁸⁹.

Logo, verifica-se que o legislador brasileiro, ao editar a Lei 13.300/2016, consolidou a posição já adotada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, qual seja, a Teoria Concretista, não havendo mais dúvidas quanto à utilidade do Mandado de Injunção e da diversidade das consequências de sua concessão em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

⁸⁸ Artigo 13, *caput*, Lei 13.300/2016: “No mandado de injunção coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 9º”.

⁸⁹ FONSECA, João Francisco N. da Fonseca. *O Processo do Mandado de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 177.

Conclusão

Após a análise do Mandado de Injunção, sua origem, suas características, sua finalidade e suas consequências, conclui-se que consiste em remédio constitucional próprio do ordenamento jurídico brasileiro, que, com o passar dos anos e com o amadurecimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, adquiriu e vem adquirindo cada vez mais utilidade e efetividade⁹⁰.

Com efeito, quando entendia-se que a decisão de concessão da injunção tinha natureza jurídica declaratória de comunicação da mora ao órgão competente para que este adotasse as providências necessárias para a edição da norma regulamentadora falante, o Mandado de Injunção não mostrava possuir muita utilidade, na medida que, sem força coercitiva, a declaração de omissão inconstitucional era, inúmeras vezes, ignorada pelo órgão em mora.

O Mandado de Injunção, portanto, em seu início de vida, não era capaz de se apresentar como um remédio efetivo para o combate à omissão inconstitucional, o que contrariava a intenção do constituinte de 1988.

Em 1996, convidado a integrar a comissão do Ministério da Justiça destinada a rever ou elaborar legislação acerca das ações constitucionais, Luís Roberto Barroso sustentou que o Mandado de Injunção havia cumprido “seu ciclo histórico, sendo boa hora de substituí-lo por fórmula mais simples, célere e abrangente”⁹¹, de forma que propôs a seguinte Emenda Constitucional⁹²:

PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL

Dá nova redação ao § 1º, do art. 5º, da Constituição, e extingue o mandado de injunção.

⁹⁰ Adrian Sgarbi define *efetividade* como “a repercussão concreta da norma em dado grupo social” (SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 94)

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 131.

⁹² *Ibid.* p. 131.

Art. 1º O § 1º, do art. 5º, da Constituição Federal, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘As normas definidoras de direitos subjetivos constitucionais têm aplicação direta e imediata. Na falta de norma regulamentadora necessária ao seu pleno exercício, formulará o juiz competente a regra que regerá o caso concreto submetido à sua apreciação, com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito’.

Art. 2º Fica revogado o inciso LXXI, do art. 5º, da Constituição Federal, bem como suprimida a referência a mandado de injunção nos seguintes dispositivos: art. 102, I, *q*, e II, *a*; art. 105, I, *h*; art. 121, § 4º, V.

A bem verdade, a proposta do ora Ministro do STF não representa qualquer inovação, porquanto a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei 4.657/1942) já dispunha, em seu artigo 4º que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

A Proposta de Emenda Constitucional apresentada pautou-se “na premissa de que a efetividade das normas constitucionais definidoras de direitos subjetivos pode e deve prescindir do mandado de injunção como instrumento de sua realização”⁹³.

Foi preciso, então, abandonar a Teoria Não-Concretista e alterar a jurisprudência do STF para dar alguma credibilidade a esse remédio constitucional tipicamente brasileiro.

Assim, o Supremo Tribunal Federal passou a não apenas declarar e comunicar a omissão inconstitucional ao órgão competente para editar a norma regulamentadora, mas também a fornecer os meios para o exercício do direito,

⁹³ “De fato, surgido como ideia importante na busca da efetividade, a verdade é que hoje o mandado de injunção, em qualquer de suas versões, tornou-se, quando não um óbice, ao menos um complicador desnecessário à realização dos direitos”. (BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 131)

prerrogativa e liberdade constitucionalmente garantido, por meio de sentenças aditivas⁹⁴.

A posição atual do STF, isto é, ora adotando a Teoria Concretista Geral, concedendo a injunção requerida e conferindo eficácia *erga omnes* e força vinculativa à decisão, ora seguindo a Teoria Concretista Individual, limitando os efeitos da decisão às partes.

Deve-se destacar, ainda, que o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal em nada destoa com o Princípio da Separação dos Poderes, uma vez que o Mandado de Injunção é remédio constitucional criado pelo próprio constituinte originário.

Ademais, sendo a efetivação das normas constitucional a função do Estado e, por conseguinte, de cada um dos Poderes da República, caso algum dele não se empenhe para cumprir essa tarefa, os outros poderão intervir para controlar a omissão constitucional, desde que autorizados pelo sistema constitucional vigente. Nesse sentido, o Mandado de Injunção seria um “meio de controle incidental da inérgia ilegítima do Poder Público. Com efeito, o deferimento desse *writ* serve justamente para remediar o desrespeito à força normativa da Constituição”⁹⁵.

O caráter provisório da decisão de concessão do Mandado de Injunção também demonstra a total sintonia do remédio constitucional com o Princípio da Separação dos Poderes, posto que o órgão omissivo poderá reaver seu espaço e

⁹⁴ “Sentença aditiva é denominação proveniente da jurisdição constitucional italiana (*sentenza aditiva*). Trata-se de modalidade empregada pela Corte Constitucional com uma finalidade específica, que é a superação da omissão legislativa inconstitucional. Declara-se a inconstitucionalidade da omissão legislativa e colmata-se a lacuna existente.” (MARROCO, Jair. Sentenças Aditivas e Formação de Precedentes. *Revista de Processo: RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 42, n. 268, p. 515-532, jun. 2017)

⁹⁵ FONSECA, João Francisco N. da Fonseca. *O Processo do Mandado de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 181.

seu poder normativo tomados pelo Poder Judiciário e editar a norma regulamentadora a qualquer momento.

Por todo o exposto nesse trabalho, faz-se necessário reconhecer a importância do Mandado de Injunção ao combate à omissão constitucional do Poder Público, em especial após a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, que foi essencial para fazer valer a intenção do constituinte de 1988, quando da criação desse remédio constitucional.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*: [Syn]Thesis. Rio de Janeiro, 2012, vol. 5, n. 1, 23 - 32 p. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em 1º nov. 2017.

_____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Câmara dos Deputados – Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação. *Escrevendo a História – Série Brasileira*. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituinte-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em 07 nov. 2017.

CARRAZZA, Roque Antonio. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: Defesa da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 1.243 – 1.266 p.

Diário da Assembléia Nacional Constituinte, 29 de abr. 1987, p. 99 – 100 apud MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: Defesa da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 794 p.

FONSECA, João Francisco N. da Fonseca. *O Processo do Mandado de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o Mandado de Injunção. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: Defesa da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 709 – 718 p. MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: Defesa da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 787 – 807 p.

MAROCCHI, Jair. Sentenças Aditivas e Formação de Precedentes. *Revista de Processo: RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 42, n. 268, p. 515-532, jun. 2017.

MARTINS, Flavia Bahia. *Direito Constitucional*. 3^a ed. Niterói: Impetus, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Mendes Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 33^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por Omissão. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: Defesa da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 1.203 – 1.242 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33^a ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PIVA, Otávio. *Comentários ao Art. 5º da Constituição Federal de 1988 e Teoria dos Direitos Fundamentais*. 3^a ed. São Paulo: Método, 2009.

SGARBI, Adrian. Introdução à Teoria do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. Remédios Constitucionais na América Latina: Um Breve Panorama Histórico-Comparativo das Garantias Fundamentais no Brasil e do Amparo Latino-American. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2015, vol. 7, n. 13, Jul.- Dez. p. 496-516. Disponível em <http://www.abdconst.com.br/revista14/remediosLuisGeziela.pdf>. Acesso em 08 out. 2017.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 358.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Nelson Oscar de. *Manual de Direito Constitucional*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 410.

SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de Injunção. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: Defesa da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 581 – 592 p.