

A DEFESA DE DIREITOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O MANDADO DE INJUNÇÃO

A evolução jurisprudencial e legal da eficácia do mandado de injunção no ordenamento jurídico brasileiro

*José Mauro Queiroz Rocha¹
Erika Conceição Gelenske Cunha²*

Sumário: 1 Introdução. 2 A origem do mandado de injunção. 2.1 A introdução do mandado de injunção no ordenamento jurídico brasileiro. 2.2 Mandado de injunção como uma inovação jurídica para sanar as normas constitucionais de eficácia limitada. 3 Teorias da eficácia das normas jurídicas. 3.1 Normas jurídicas de eficácia plena. 3.2 Normas jurídicas de eficácia contida. 3.3 Normas jurídicas de eficácia limitada. 4. Características do mandado de injunção. 4.1 O mandado de injunção. 4.2 Conceito. 4.3 Procedimento. 4.4 Espécies. 4.5 Legitimidade. 4.6 Objeto. 4.7 Finalidade. 4.8 Competência. 5. Teorias da eficácia do mandado de injunção. 5.1 Teorias doutrinárias. 6 O mandado de injunção no caso concreto. 6.1 A evolução jurisprudencial. 7 A lei e a eficácia da decisão do mandado de injunção. 7.1 Eficácia da decisão à luz da Norma Legal n. 13.300/2016. 8 Conclusão.

1 • INTRODUÇÃO

Após um longo período de ditadura militar, que durou cerca de vinte anos, a Carta Política de 1988 foi promulgada em face dos excessos que ocorreram no período de ditadura. A vigente Constituição Federal foi marcada por uma forte proteção contra o Estado e um excessivo protecionismo em favor da sociedade em geral, trazendo em seu corpo um rol extensivo de direitos e garantias individuais e coletivas, alguns já produzindo todos seus efeitos e outros dependendo de normas infraconstitucionais para os produzirem.

A fim de proteger esses direitos em si positivados e dependentes de legislação complementar para que seus titulares possam deles gozar, a própria Constituição Federal traz o instrumento que visa a impedir que direitos não sejam desfrutados por inércia legislativa da máquina estatal. No inciso LXXI de seu art. 5º, a Constituição da República Federativa do Brasil, de forma inédita, prevê-se que o mandado de injunção (MI), tema central deste estudo, será concedido sempre que a falta de norma

1 Servidor Público do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Pós-Graduando em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário. Graduado em Gestão Pública pela Universidade Metodista de São Paulo.

2 Professora Orientadora. Docente do Ensino Superior na Universidade Estácio de Sá e Fundação Getúlio Vargas nas modalidades presencial e EaD. Pesquisadora. Mestre em Bens Culturais Projetos Sociais (FGV). Especialista em Ensino Superior, Psicologia, Gestão Estratégica de Recursos Humanos e Inovação em Turismo. Graduada em Psicologia e Turismo.

regulamentadora não viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O mandado de injunção, inovação jurídica trazida pela Carta Magna de 1988, consiste em remédio constitucional que visa a combater a omissão e a morosidade da função legislativa e reguladora do Poder Público, a fim de fazer valer o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa prevista na Constituição Federal (MORAES, 2015).

Por ser esse um instrumento nunca previsto em constituições anteriores e só ter sido regulamentado recentemente em 2016, nesses pouco mais de 28 anos da Lei Maior, os tribunais tiveram que aprender a lidar com ele, havendo mudanças na posição jurisprudencial adotada pela Corte Suprema do País, o que trouxe, deste modo, o questionamento: de que forma a evolução jurisprudencial e legal acerca do mandado de injunção vai ao encontro da concretização dos direitos constitucionais?

Há uma hipótese, um pré-julgamento, de que a posição concretista adotada pela jurisprudência e ratificada pela lei tornou mais viável o exercício do direito fundamental previsto em norma de eficácia limitada por seus titulares. Aproximando-se, assim, o direito da ética.

O presente artigo tem como objetivo descomplicar o entendimento sobre o mandado de injunção e sua aplicação no caso concreto, para isso pretende-se explicar seu conceito, suas especificidades, a evolução jurisprudencial de sua eficácia, compreendendo a atual aplicação da recente Lei n. 13.300/2016, que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção, legalizando a eficácia das decisões de tais ações constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 é conhecida como a Constituição Cidadã, pois, como dito anteriormente, ela carrega diversos direitos dados aos cidadãos pelo poder constituinte originário, sendo de suma importância que estes não sejam impedidos de gozar tais direitos por simples inércia ou falta de conveniência do legislador infraconstitucional. É trabalhado, neste artigo, o instrumento que o próprio constituinte originário disponibilizou para que o exercício de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionalmente previstos não sejam inviabilizados por negligência de outro Poder. Sendo, assim, cuida-se de uma matéria de relevância social, pois tal remédio constitucional pretende que os titulares desses direitos fundamentais não sejam privados do seu exercício.

Este estudo foi realizado por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental de abordagem qualitativa de caráter exploratório – ou seja, foram realizados levantamentos de informações através de doutrinas publicadas, de julgados e jurisprudências e de documentos jurídicos oficiais e legais, os quais serviram de base fundamental teórica para a análise do que ocorre na prática acerca do tema –, o que proporcionou, deste modo, maior familiaridade com o problema e foco principal no processo e seu significado, qual seja: a evolução da eficácia das decisões de mandados de injunção e a efetiva concretização de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionalmente previstos.

2 · A ORIGEM DO MANDADO DE INJUNÇÃO

2.1 · A INTRODUÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Com base na doutrina de Bonavides (2015), a constituição passou por três etapas históricas de suma importância que tiveram relação com os valores políticos,

jurídicos e ideológicos na caracterização formal das instituições. A primeira fase da constituição é vinculada ao modelo francês e ao inglês do século XIX; a segunda, atrelada ao modelo norte-americano; e, por último, iniciada em meados de 1930 e ainda em curso, tem-se a visão de traços fundamentais no sistema jurídico brasileiro, atados ao constitucionalismo alemão. O referido autor classifica a Carta Magna de 1988 como uma Constituição do Estado social, ou seja, “uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder” (BONAVIDES, 2015, p. 379).

A fim de entender melhor essa classificação, é importante compreender que o surgimento da Constituição Federal de 1988 veio após um longo período de ditadura militar, como dito anteriormente, fazendo com que o novo ordenamento fosse tomado excessivamente de normas protecionistas em favor da sociedade, em face das atrocidades contra os direitos humanos que ocorreram durante esse período obscuro da ditadura militar. Por isso, a Constituição vigente, ao estabelecer uma enorme gama de direitos sociais e liberdades em relação às Constituições anteriores, é conhecida como a “Constituição Cidadã”.

O constituinte originário, à época, viu-se preocupado em conferir eficácia às normas contidas na nova Constituição, havendo discussões acerca da criação de mecanismo com o qual a nova Constituição dispusesse meio hábil para possibilitar a aplicação de direitos nela previstos. Há controvérsias sobre o momento da criação de tal instrumento, mas consta, nos anais do Senado Federal, a defesa – pelos constituintes Ruy Bacelar, Virgílio Távora, Carlos Virgílio e também Gastone Righi – de uma ferramenta capaz de reprimir a omissão legislativa, quando da falta de norma regulamentadora que limitasse o seu direito.

Assim, no contexto histórico da redemocratização do País, surge o mandado de injunção, o qual pretende harmonizar o ser e o dever-ser, a fim de que o povo, para quem a Constituição foi criada, não tenha limitados os seus direitos por omissão legislativa. Observa Canotilho (1993, p. 367 *apud* TAVARES, 2012, p. 1018):

Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vazar em moldes normativos regras ativas de direitos e liberdades constitucionais. Se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o “rochedo de bronze” da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará os seus objetivos.

Trata-se de uma visão bastante crítica dos órgãos normativos, o que ratifica a importância do mandado de injunção no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 · MANDADO DE INJUNÇÃO COMO UMA INOVAÇÃO JURÍDICA PARA SANAR AS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA

Observa-se em ordenamentos jurídicos de outros países que há institutos semelhantes ao mandado de injunção brasileiro, por exemplo: os mandados do direito inglês e do norte-americano. Embora apresentem a mesma grafia na tradução, o *writ of injunction*, tanto o previsto no direito norte-americano quanto o do direito inglês, não se comparam no instituto prático ao *writ* instituído pela Carta de 1988.

Bastos (2010), ao fazer a analogia do instrumento brasileiro com o de ordenamentos jurídicos internacionais, afirma que o mandado de injunção pátrio é um instrumento inédito, sem precedente tanto no direito nacional quanto no alienígena.

Também refutando a igualdade a instrumentos análogos no direito inglês e no antigo direito português e afirmando que cabe aos órgãos jurisdicionais e à doutrina a definição do mandado de injunção, Moraes (2015, p. 180) ensina:

Apesar das raízes históricas do direito anglo-saxão, o conceito, estrutura e finalidades da injunção norte-americana ou dos antigos instrumentos lusitanos não correspondem à criação do mandado de injunção pelo legislador constituinte de 1988, cabendo portanto à doutrina e à jurisprudência pátrias a definição dos contornos e objetivos desse importante instrumento constitucional de combate à inefetividade das normas constitucionais que não possuam aplicabilidade imediata.

Entende da mesma forma Piovesan (2003, p. 178) quando assevera que, “nos moldes em que é concebido, o mandado de injunção não encontra similar no direito alienígena”.

No mesmo sentido, Fernandes (2016) leciona que, nas mesmas especificidades do atual mandado de injunção brasileiro, não há paradigmas adequados em busca no direito comparado.

Ante ao exposto, observa-se que poucos doutrinadores abordam a questão histórica do mandado de injunção e quando o fazem não se aprofundam no tema, demonstrando-nos o pensamento majoritário acerca da existência de institutos semelhantes em direitos alienígenas, mas com a observação de que o mandado de injunção brasileiro é singular, sendo sua origem e sua natureza jurídica definidas pelo direito pátrio, em sede de doutrina e jurisprudência.

3 · TEORIAS DA EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS

Faz-se necessário, antes de aprofundar estudo do mandado de injunção, abordar a eficácia das normas jurídicas em uma análise não tão profunda, sem esgotar todo o assunto, a fim de introduzirmos definitivamente o remédio constitucional em epígrafe.

Há algumas correntes acerca deste tema, todavia preferimos utilizar a classificação segundo José Afonso da Silva, por ser a mais utilizada. Conforme Paulo e Alexandrino (2016, p. 57) pontuam, “O professor José Afonso da Silva formulou uma classificação das normas constitucionais, que, sem dúvida, é a predominantemente adotada pela doutrina e jurisprudência pátrias”. Para não ser explanado apenas um ponto de vista, abordaremos em conjunto a conceituação ministrada por Maria Helena Diniz, que, embora tenha uma classificação divergente daquela elaborada por José Afonso da Silva, traz diferença que é meramente literal, apresentando em sua essência as mesmas características, à exceção de uma nova classificação denominada norma de eficácia absoluta, conforme será exposto no próximo item.

3.1 · NORMAS JURÍDICAS DE EFICÁCIA PLENA

Como a definição já diz, são aquelas que estão plenas (prontas) para produzir ou têm a possibilidade de produzir todos os seus efeitos desde a entrada em vigor da Constituição, sem necessidade de norma infraconstitucional. Possuem, inclusive, aplicabilidade direta, imediata e integral, seja em sede de poder constituinte

originário, seja em decorrência do poder constituinte reformador, quando da promulgação de emendas à constituição.

Silva (2012, p. 100) leciona que as normas de eficácia plena são

[...] aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situação, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.

Por sua vez, Maria Helena Diniz estabelece uma nova classificação: as normas supereficazes ou de eficácia absoluta. Advoga Diniz que, além de a norma constitucional ter plena executabilidade a partir da entrada em vigor da Constituição, esta norma é imutável, ou seja, “contra elas nem mesmo há o poder de emendar” (DINIZ, 2001, p. 109).

No que tange à classificação acerca das normas constitucionais de eficácia plena, o significado desta tem semelhança com o da classificação do professor José Afonso da Silva, tendo Diniz (2001, p. 112) se posicionado da seguinte maneira:

São plenamente eficazes, as normas constitucionais que forem idôneas, desde sua entrada em vigor, para disciplinarem as relações jurídicas ou o processo de sua efetivação, por conterem todos os elementos imprescindíveis para que haja a possibilidade da produção imediata dos efeitos previstos, já que, apesar de suscetíveis de emenda, não requerem normação subconstitucional subsequente. Podem ser imediatamente aplicadas.

Analisados os entendimentos supramencionados, é pacífico o entendimento de que as normas de eficácia plena são autoaplicáveis e não exigem norma complementar ou que restrinja o seu sentido. Tais normas não serão objeto deste estudo, haja vista que a defesa destas deve ser tratada por meio de outros remédios constitucionais que não o mandado de injunção, já que não há omissão de norma regulamentadora, podendo ser protegidas por *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança ou ação popular, conforme o caso.

3.2 · NORMAS JURÍDICAS DE EFICÁCIA CONTIDA

Quanto à aplicabilidade, estas se assemelham à norma de eficácia plena, ou seja, possuem aplicabilidade direta, imediata, no entanto não possuem aplicabilidade integral, pois podem ser restringidas por normas regulamentadoras, ou seja, o legislador ordinário pode vir a limitar uma norma jurídica, reduzindo a sua abrangência.

Nesse sentido explica Puccinelli Júnior (2013, p. 111-112):

As normas compreendidas nesta categoria apresentam altíssimo grau de eficácia, visto que propensas à produção de todos os seus efeitos, ao mesmo tempo que se dobram a uma virtual relativização operada em face de restrições constitucionalmente autorizadas. É dizer: possuem eficácia plena e imediata, mas possivelmente não integral.

Desde o nascedouro, gozam de aplicabilidade e surtem efeitos plenos. Porém, na medida em que se materializarem os pressupostos de sua restrição, perdem abrangência e deixam de reger hipóteses dantes imersas em sua zona de incidência.

Esta redução da abrangência de uma norma constitucional pode ocorrer por diversos instrumentos – por outras normas constitucionais, edição de regramentos

infraconstitucionais ou pela ocorrência de determinadas situações, como diante do estado de defesa ou do estado de sítio, podendo-se impor restrições aos direitos fundamentais; ou, ainda, por motivo de ordem pública, bons costumes e paz social, conforme leciona Silva (2012).

Apresentando o mesmo conceito, mas inspirada nas lições de Michel Temer, Maria Helena Diniz propõe uma mudança de nomenclatura, denominando-as essas como de eficácia relativa restringível. Assim explica Diniz (2001, p. 113):

Correspondem essas normas às de eficácia contida de José Afonso da Silva, mas, aceitando a lição de Michel Temer, preferimos denominá-la normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível, por serem de aplicabilidade imediata ou plena, embora sua eficácia possa ser reduzida, restringida nos casos e na forma que a lei estabelecer; têm, portanto, seu alcance reduzido pela atividade legislativa.

O art. 5º, XII, da Constituição Federal, que trata sobre o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, é um exemplo clássico de norma constitucional de eficácia contida, ou seja, qualquer trabalho, profissão e ofício são, desde a promulgação da Constituição Federal, exercíveis por qualquer pessoa do povo. A partir disto, lei posterior poderá ser editada no sentido de restringir essa eficácia, com limitações previstas no ordenamento jurídico; é exemplo o direito de exercer a advocacia, que é regulado pela Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994, a qual estabelece em seu art. 3º que “o exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)”.

3.3 · NORMAS JURÍDICAS DE EFICÁCIA LIMITADA

São normas de eficácia indireta, mediata e reduzida, ou seja, que não produzem efeito no momento da sua entrada em vigor no ordenamento jurídico, pois, diferente das outras, dependem de uma norma ulterior regulamentadora a fim de que o texto normativo tenha efeito no campo prático.

Segundo Puccinelli Júnior (2013, p. 113),

As normas de eficácia limitada não surtem a plenitude de seus efeitos de imediato, necessitando de complementação legislativa ou de atuação administrativa para lograrem aplicação integral. Por isso, diz-se que tal espécie não é autoaplicável, porquanto sua inteira operatividade condiciona-se a uma futura e incerta regulamentação (integração) normativa, quando não se faz dependente da gestão governamental. Ornada com uma estrutura quase esquelética, essa categoria normativa detém aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

A fim de detalhar um pouco mais a denominação da abordagem consagrada por José Afonso da Silva, Diniz (2001) faz uma ressalva no que concerne à nomenclatura de tal classificação, chamando-a de norma de eficácia relativa dependente de complementação legislativa, pois depende de complementação por meio de lei ordinária ou lei complementar. Assim, por não terem essas normas recebido do constituinte normatividade suficiente para regulamentação de seu conteúdo, dependendo do Poder Público regulamentar a matéria por norma infraconstitucional, a autora preferiu denominá-las como normas com eficácia relativa dependente de complementação legislativa.

É válido exemplificar tal abordagem com o art. 37, inciso VII, da Constituição Federal, o qual dispõe “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites

definidos em lei específica”. Tal lei nunca foi criada no ordenamento jurídico pátrio, restando inviável, em princípio, o exercício do direito constitucional mencionado, porém esse assunto será abordado com maior detalhe quando analisarmos a evolução jurisprudencial da eficácia da decisão.

4 · CARACTERÍSTICAS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

4.1 · O MANDADO DE INJUNÇÃO

O mandado de injunção está previsto no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal: “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”.

Posteriormente, a Lei n. 13.300/2016 em seu art. 2º também o prevê:

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.

À luz da previsão constitucional, a doutrina majoritária já apontava dois requisitos ao mandado de injunção: a) falta de norma regulamentadora a uma previsão constitucional e b) inviabilidade de exercer direitos e liberdades constitucionais ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Exige-se nexo causal entre estes dois requisitos, conforme apontam Tavares (2012), Moraes (2015) e Fernandes (2016) em suas obras.

Nesse sentido, Puccinelli Júnior (2013) leciona tratar-se de uma garantia sem precedente que pressupõe a existência de um nexo de causalidade entre a inviabilização do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional e a omissão normativa.

Em uma abordagem rígida, Temer (2012, p. 745) profere:

Pode-se até criticar a sua previsão constitucional. Pode-se até pleitear, na revisão, sua exclusão da Carta Magna. O que não se deve é torná-lo letra morta, inviabilizá-lo de tal modo que “a falta de norma regulamentadora” continue a fazer “inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (CF, art. 5º, LXXI).

Observamos, assim, que tal instrumento atua sobretudo na seara das normas constitucionais de eficácia limitada, pois, por falta da norma regulamentadora de direito constitucional, o cidadão fica sem ferramentas legais para concretamente exercê-lo. Verifica-se, deste modo, a importância desse remédio no Direito Constitucional.

4.2 · CONCEITO

Trata-se de ação constitucional que, no intuito de suprir a omissão do Poder Público, almeja a viabilizar um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista em normas de eficácia limitada positivadas constitucionalmente.

O mandado de injunção brasileiro é pioneiro no ordenamento jurídico mundial, sendo um instrumento disponível a qualquer pessoa prejudicada pela omissão de norma regulamentadora, objetivando garantir a concretização de direitos, prerrogativas e liberdades – haja vista a inércia da própria administração pública, conferindo, assim, sua imediata aplicação, logo evitando que a constituição se torne “letra morta”.

De acordo com os ensinamentos de Silva (2015, p. 451),

Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal finalidade consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se, neste quadrante, como um instrumento da realização prática da disposição do art. 5º, § 1º.

Observa-se que Silva (2015) menciona o §1º do art. 5º da Constituição Federal, que prevê: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, legitimando a imediata existência, eficácia e aplicabilidade do mandado de injunção, quando a norma constitucional de eficácia limitada não possuir imediata aplicação.

Temer (2012) afirma que será cabível o mandado de injunção sempre que a omissão de norma regulamentadora causar prejuízos a outrem. Para o autor, o Poder Judiciário, caso entenda que a omissão esteja caracterizada, detém poderes suficientes para implementar a norma constitucional carente de regulamentação.

No mesmo sentido, Bulos (2015) aponta essa ação como meio processual constitucional à disposição do indivíduo impedido de exercer prerrogativas, direitos e liberdades constitucionais por falta de norma regulamentadora para que este os possa exercer.

Observa-se que a conceituação do mandado de injunção é muito próxima entre os diversos autores, uma vez que o legislador foi bem claro ao inserir seu conceito no texto constitucional, posteriormente, ratificado na Lei n. 13.300/2016.

4.3 • PROCEDIMENTO

Importante ressaltar que, embora tenha havido mora na edição de uma lei que regulamentasse o assunto, os procedimentos utilizados no mandado de injunção eram observados no que cabia, os mesmos da norma de mandado de segurança, conforme disposto pelo parágrafo único do art. 24 da Lei n. 8.038/1990.

Todavia, no dia 23 de julho de 2016, foi promulgada a Lei n. 13.300, que dispõe sobre o processo e o julgamento do mandado de injunção e contém a previsão dos procedimentos adotados por essa ação, desde petição inicial até recursos, utilizando, agora, como regras subsidiárias as contidas na Lei de Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009) e no novo Código de Processo Civil.

4.4 • ESPÉCIES

Com a regulamentação da Lei n. 13.300/1990, observamos claramente as espécies de mandado de injunção.

A primeira divisão de espécie é quanto à ausência de norma regulamentadora. Essa lei, ao positivar o mandado de injunção, prevê a importante possibilidade de este ser total ou parcial, ou seja, quando não houver norma regulamentadora de direito fundamental, o mandado de injunção será total; porém, este será parcial quando a norma existente não regulamentar de forma suficiente, tornando inviável o pleno exercício de direito, liberdade ou prerrogativa.

A outra divisão é referente ao impetrante, pois este pode ser individual, quando a ação é proposta em nome próprio, por qualquer pessoa física ou jurídica que defenda interesse próprio; ou coletivo, quando há proposição por legitimado previsto na lei, com defesa de direitos, liberdades ou prerrogativas pertencentes a um grupo indeterminado ou determinado de pessoas, classe ou categoria. Esta espécie é uma inovação da lei, pois não há previsão constitucional expressa, sendo positivada, agora, pelo parágrafo único do art. 12 da Lei n. 13.300/1990.

4.5 • LEGITIMIDADE

Quanto à legitimidade ativa, antes da regulamentação trazida pela Lei n. 13.300/2016, a doutrina já tratava do assunto, apontando no polo ativo qualquer pessoa, física ou jurídica, que atenda às condições constitucionais (TAVARES, 2012), ou seja, tenha o nexó causal de ter um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa constitucional inviabilizados por falta de regulamentação.

Neste sentido, Puccinelli Júnior (2013) leciona que podem impetrar o mandado de injunção as pessoas nacionais ou estrangeiras, físicas ou jurídicas, desde que a falta de norma regulamentadora inviabilize o exercício de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionalmente previstos.

Apesar de não haver previsão expressa na Carta Cidadã acerca de mandado de injunção coletivo, este já podia ser ajuizado coletivamente, por analogia à previsão do mandado de segurança coletivo, conforme ensina Bulos (2015, p. 786).

Por analogia, os mesmos legitimados do art. 5º, LXX, da Carta Magna para propor o *writ* coletivo podem ajuizar, em regime de substituição processual, o mandado de injunção coletivo (partidos políticos representados no Congresso, sindicatos, associações e entidades de classe).

Como bem lembram Fernandes (2016) e Cavalcante (2016), a recente Lei n. 13.300/2016 regulamentou expressamente a legitimidade, tanto individual – pessoas naturais ou jurídicas – quanto coletiva. Em seu art. 12, essa lei prevê de forma expressa o mandado de injunção coletivo, podendo impetrar o *writ* injuncional tanto aqueles já consagrados pela jurisprudência e previstos na Lei n. 12.016/2009, que regula o mandado de segurança, quanto o Ministério Público, na defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis, e a Defensoria Pública na promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da CF.

A lei inova não só prevendo expressamente o mandado de injunção coletivo como ampliando seu rol de legitimados ativos frente aos legitimados para impetrar o mandado de segurança coletivo, destacando-se a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública (CAVALCANTE, 2016).

No que se refere à legitimidade passiva, nunca houve um consenso, especialmente sobre a possibilidade ou não da inclusão do particular como réu ou demandado na ação injuncional.

Uma primeira corrente, considerada majoritária, aponta que somente pessoa estatal pode ser demandada na ação injuncional, haja vista que no polo passivo só podem estar aqueles entes estatais aos quais pode ser imputável o dever de regulamentar a Carta Magna (MORAES, 2015), não cabendo ao particular a condição de sujeito passivo, pois a este não recai qualquer dever de editar normas regulamentadoras (BULOS, 2015).

Como apontado por Bulos (2015), o Supremo Tribunal Federal (STF) adotou esse posicionamento em diversos julgados de mandado de injunção, o que o levou a ser considerado a posição majoritária.

Entretanto, há posicionamento contrário, como o de Silva (2015, p. 456):

Não importa a natureza do direito que a norma constitucional confere; desde que seu exercício dependa de norma regulamentadora e desde que esta falta, o interessado é legitimado a propor o mandado de injunção, quer a obrigação de prestar o direito seja do Poder Público, quer incumba a particulares.

Puccinelli Júnior (2013), ao tratar desse assunto, reforça o entendimento de Silva (2015), alegando que a sentença proferida em mandado tem a finalidade de conferir ao impetrante somente a fruição do direito material, e não a edição de norma regulamentadora, podendo, assim, os efeitos da sentença recair tanto nos entes públicos quanto nos privados.

A Lei n. 13.300/2016, ao regulamentar a legitimação, em seu art. 3º, dispôs como impetrado aquele com atribuição para editar norma regulamentadora, seja o Poder, seja o órgão, seja a autoridade responsável pela edição, ratificando o entendimento de que os particulares não figuram como réus, uma vez que não têm o dever de editar norma regulamentadora.

Importante ressaltar, como lembra Cavalcante (2016), que, se a omissão for de norma de iniciativa reservada a Chefe de outro Poder, ao procurador-geral da República ou aos Tribunais Superiores, o *writ* deverá ser impetrado contra estes, conforme entendimento do Pretório Excelso.

4.6 · OBJETO

O objeto do mandado de injunção se dá com lacunas constitucionais, e estas omissões, conforme ensina Bulos (2015), podem ser de qualquer grau hierárquico.

Especificando este entendimento, Tavares (2012) leciona que não são omissões de qualquer norma constitucional que constituem objeto do *writ* injuncional, devendo ser, antes de tudo, omissões perante uma norma constitucional de eficácia limitada que ainda dependa de regulamentação ou que regulamente de forma insuficiente o exercício de direito fundamental. Havendo legislação que regulamente, não caberá o mandado de injunção, mesmo que a norma regulamentadora seja incongruente com a Constituição Federal, pois não cabe mandado de injunção com o intuito de alterar lei ou torná-la inconstitucional.

Embora o objeto do mandado de injunção assemelhe-se com o da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no objeto daquele, conforme ensinam Paulo e Alexandrino (2016, p. 214), “busca-se solução para um caso concreto, individualmente considerado, diante de um direito subjetivo obstado pela inércia do legislador”, enquanto que o objeto deste é em tese realizado de forma abstrata, sem se referir a um caso concreto.

Outra característica que diferencia o objeto destes dois instrumentos constitucionais é retirada da própria Constituição Federal de 1988 ao exigir uma omissão qualificada para o *writ* injuncional, ou seja, o mandado de injunção é cabível só quando a falta de norma regulamentadora tornar inviável exercício de direito e liberdades constitucionais e das prerrogativas referentes à nacionalidade, à cidadania e

à soberania; ao passo que, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tem-se como objeto qualquer omissão constitucional.

4.7 · FINALIDADE

Em relação à finalidade do mandado de injunção, havia uma grande divergência de interpretação que residia em determinar se o mandado de injunção se destinaria apenas a estimular a produção da norma faltante pelo órgão competente ou se possibilitaria o suprimento judicial da inexistente norma (BARROSO, 2009).

Mendes e Branco (2014) apontam a existência das duas correntes: uma entendendo que o mandado de injunção destinar-se-ia apenas a verificar a existência de omissão impeditiva de exercício de direito fundamental e, na contramão, a corrente segundo a qual o constituinte originário, de forma excepcional, teria dotado o Tribunal do poder de editar normas, uma atividade judicial que teria fortes semelhanças com a atividade legislativa.

Entretanto, a lei que regulamenta o mandado de injunção, Lei n. 13.300/2016, trouxe uma importante disposição legal que acarreta uma atualização doutrinária. Ao prever, no inciso II de seu art. 8º, que a mora legislativa pode ser suprida pela decisão judicial quando deferida a injunção, o dispositivo legal deixou claro que a finalidade da ação injuncional é viabilizar o exercício de um direito ou prerrogativa constitucionalmente previstos.

4.8 · COMPETÊNCIA

Cavalcante Filho (2016, p. 265) leciona que “o mandado de injunção é instrumento de controle difuso de constitucionalidade”, ou seja, a competência para processar e julgar o mandado de injunção não é exclusiva do Supremo.

A Carta Magna a distribui de acordo com o impetrado entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, excetuando-se, ainda, os casos de competência dos órgãos da Justiça Militar, Eleitoral, do Trabalho e da Justiça Federal (MORAES, 2015).

5 · TEORIAS DA EFICÁCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO

5.1 · TEORIAS DOUTRINÁRIAS

A eficácia do mandado de injunção, ou melhor, a eficácia das decisões do mandado de injunção é um tema de importância relevância dentro do estudo deste instrumento. Tendo a doutrina e a jurisprudência apontado as seguintes correntes: a não concretista e a concretista, que pode ser geral ou individual, subdividindo-se esta em direta ou intermediária (MORAES, 2015). Devido à importância do assunto, serão abordadas a seguir cada uma delas individualmente.

5.1.1 · TEORIA NÃO CONCRETISTA

De acordo com Bulos (2015), a decisão, nesta corrente, só reconheceria a mora legislativa, não concretizando qualquer direito subjetivo pleiteado pelo requerente. Com fundamento no princípio da separação dos Poderes, previsto no art. 2º da

Carta Magna, o Poder Judiciário não tem competência para, coercitivamente, fazer com que a norma regulamentadora omissa seja produzida. Assim, o Poder Judiciário apenas incentiva a produção da norma omissa pelo órgão competente.

Essa foi a teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos primeiros vinte anos de vigência da Constituição Federal, sofrendo várias críticas pela doutrina por um cumprimento inibido do papel do *writ* de injunção (BULOS, 2015).

Fernandes (2016) leciona que, nesta visão, a natureza da decisão é meramente declaratória, não sendo viabilizado o exercício do direito para o autor da ação. O Judiciário, neste caso, apenas afirma que há um direito sem regulamentação e que o órgão competente encontra-se em mora.

Essa posição é criticada por tornar seus os efeitos idênticos aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), apesar de serem institutos diversos.

Como observado por Puccinelli Júnior (2013), a tese não concretista estaria estendendo o rol de legitimidade ativa da ação direta de inconstitucionalidade por omissão a qualquer pessoa, em virtude da inércia do Poder Legislativo, desmerecendo o conteúdo do art. 103 da Constituição Federal, e em nada adiantaria exigir o limitado rol de legitimados para propor tal ação.

Apesar de ter se consolidado no início da década de 1990, esta corrente vem sendo relativizada, paulatinamente, pela própria Suprema Corte. Fernandes (2016) aponta como alguns motivos dessa mudança de posição a forte crítica doutrinária, a qual entendia que a interpretação restritiva do *writ* não era a que desejava o constituinte originário, e a insistente inércia dos Poderes Públicos em viabilizar os direitos constitucionais por norma infraconstitucional e a mudança da composição da Corte Constitucional.

5.1.2 · TEORIA CONCRETISTA

A teoria concretista, de acordo com Cavalcante Filho (2016), tem por fundamento a sentença aditiva, ou seja, a implementação do exercício do direito omissivo. Destarte, ao julgar procedente a injunção, o Poder Judiciário profere uma sentença aditiva, ou seja, que efetiva o exercício do direito até que a norma regulamentar seja editada.

A doutrina majoritária divide esta corrente em duas: a teoria concretista geral e a teoria concretista individual.

5.1.2.1 · Teoria concretista geral

Na teoria concretista geral, a sentença detém o efeito *erga omnes*, ou seja, abrange a todos a obtenção de um determinado direito, mesmo que não se tenha ingressado com a ação, conforme Bulos (2015), aqui o juiz ou tribunal está incumbido de legislar no caso concreto.

Moraes (2015), em sua obra, leciona no mesmo sentido: uma decisão com efeito *erga omnes* atinge todos, independente de terem ingressado com a ação ou não, entretanto essa normatividade conferida está vinculada ao caso concreto.

Nas palavras de Bulos (2015, p. 791), “a sentença, proferida na injunção, é *erga omnes*, tem eficácia ampla, abrangendo a todos, pois o Judiciário implementa o exercício do direito, mediante uma deliberação irrestrita”.

Por se tratar da ação de uma competência atípica, ou melhor, típica de outro órgão, o Poder Legislativo – normatividade geral –, esta corrente recebe duras críticas da doutrina por uma possível afronta ao princípio da separação dos Poderes, previsto no art. 2º da Carta Magna.

5.1.2.2 · Teoria concretista individual

Na teoria concretista individual, ao contrário do defendido na corrente concretista geral, o efeito da decisão é *inter partes*, sendo somente o autor da ação beneficiado com a decisão judicial. Nos dizeres de Cavalcante Filho (2016, p. 270), “o Tribunal dá uma regulamentação provisória à matéria, mas que atinge apenas o impetrante, e não terceiros”.

A doutrina majoritária sempre foi mais simpatizante com esta corrente, Canotilho (1993 *apud* MORAES, 2015, p. 190) já se posicionava neste sentido:

O mandado de injunção não tem por objecto uma pretensão a uma emanção, a cargo do juiz, de uma regulação legal complementadora com eficácia “*erga omnes*”. O mandado de injunção apenas viabiliza, num caso concreto, o exercício de um direito ou liberdade constitucional perturbado pela falta parcial de lei regulamentadora. Se a sentença judicial pretendesse ser uma normação com valor de lei ela seria nula (inexistente) por usurpação de poderes.

Paulo e Alexandrino (2016), a respeito da teoria individual, entendem que a decisão proferida na injunção deva produzir efeito *inter partes*, ou seja, somente para o autor do mandado de injunção, não estendendo os efeitos da decisão para outrem.

Esta teoria ainda é subdividida, pela doutrina, em outras duas: direta e intermediária.

5.1.2.2.1 · Teoria concretista individual direta

Para a teoria concretista individual direta, a decisão já confere a viabilização do direito fundamental de pronto, sem abrir prazo ao órgão competente para regulamentar a norma, ou seja, assim que julgado procedente o *writ* injuncional, a sentença confere ao impetrante a eficácia da norma constitucional pleiteada, conforme leciona Bulos (2015).

Segundo Moraes (2015), o escopo desta teoria é a imediata implementação da eficácia da norma constitucional ao autor, logo que se julgar procedente o mandado injuncional.

No mesmo sentido entendem Paulo e Alexandrino (2016), ao ensinarem que nesta teoria, quando a decisão judicial é procedente à ação injuncional, concretiza-se de forma direta e imediata a eficácia da norma constitucional apenas ao impetrante.

Fernandes (2016, p. 596), ao tratar sobre a teoria concretista individual direta, de maneira concisa assevera: “é a corrente que sustenta que o Poder Judiciário deve viabilizar (implementar) o direito de forma imediata (de plano)”.

Percebe-se, pelas definições dos autores, que não é necessária comunicação ou recomendação ao Poder Público omissivo, viabilizando-se diretamente o direito no caso concreto, ou seja, estabelecendo-se o mérito entre o impetrante e a lacuna da norma originária da ação.

5.1.2.2.2 · Teoria concretista individual intermediária

Com um enfoque mais moderno, nesta teoria, assim como na não concretista, o Poder Judiciário, ao julgar procedente o mandado de injunção, informa a omissão da norma regulamentadora ao Poder Público; todavia, abre-se prazo para que o Legislativo cumpra sua função típica e edite a norma faltante. Ultimado o prazo, o impetrante terá seu direito assegurado (BULOS, 2015).

Paulo e Alexandrino (2016) comentam que, julgado procedente o mandado de injunção, não há a imediata concretização do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional para o autor da ação, mas sim o estabelecimento de um prazo para que se supra a norma faltante; e somente após esse prazo, caso persista a omissão legislativa, estaria o Poder Judiciário autorizado a estabelecer as regras necessárias à viabilização do exercício do direito pleiteado ao autor da ação.

Com a edição da Lei n. 13.300/2016, ficou regulamentado o processamento e julgamento da injunção, e, no inciso I do art. 8º, o legislador afirma que, se reconhecida a mora pelo Judiciário, este determinará prazo para que o impetrado (legislador) edite a norma regulamentadora. Permanecendo a inércia após o prazo, o impetrante passaria a possuir direito subjetivo e de forma definitiva a exercer o direito objeto do mandado de injunção, conforme o caso concreto.

Este prazo não é definido, a lei menciona apenas prazo razoável, mas há uma tendência de que seja, no mínimo, cem dias, prazo similar ao do processo legislativo sumário, onde cada Casa Legislativa possui 45 dias para apreciar e votar o projeto de lei, podendo ser o prazo prorrogado por mais 10 dias em favor da Casa Iniciadora, quando o projeto tiver sofrido alterações materiais na Casa Revisora (CAVALCANTE FILHO, 2016).

Moraes (2015) filia-se a esta posição idealizada pelo ministro Néri da Silveira, afirmando que, ao estabelecer um prazo para que o Poder Público omisso possa regulamentar a norma faltante, a teoria concretista individual intermediária se adequa perfeitamente ao princípio da separação dos Poderes, haja vista que, somente após ultimado o prazo estabelecido em decisão judicial, ou seja, depois da declaração oficial da omissão legislativa, se persistir a inércia, o Poder Judiciário fixará as condições necessárias ao exercício do direito pelo impetrante. Ressalta-se que o citado autor entende que o prazo nunca poderia ser inferior ao do processo legislativo sumário, pois, como ensina Cavalcante Filho (2016), o processo legislativo sumário submete o projeto às mesmas fases previstas no procedimento comum ordinário, mas com prazos constitucionalmente estabelecidos; exigir prazo inferior a estes seria uma afronta ao princípio do devido processo legislativo.

6 · O MANDADO DE INJUNÇÃO NO CASO CONCRETO

6.1 · A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

O mandado de injunção vem evoluindo jurisprudencialmente ao longo desses pouco mais de 28 anos da Constituição Cidadã. Levando em conta que o objetivo geral deste estudo é simplificar a compreensão de tal remédio constitucional, entendemos ser mais didático explorar os três momentos em que o Supremo Tribunal Federal adotou uma das correntes explicadas no item cinco deste artigo e os julgados que o levaram a estes posicionamentos.

A primeira corrente adotada pelo STF foi a não concretista, e o marco deste posicionamento foi o julgamento MI n. 107/DF, uma lide em que oficial do Exército impetrou o *writ* contra o presidente da República, pois este não encaminhou, em tempo hábil, ao Congresso Nacional projeto de lei que disciplinasse a duração dos serviços temporários, conforme previa, antes da Emenda Constitucional n. 18 de 1998, o § 9º do art. 42 da Constituição Federal. O impetrante, à época, estaria há nove anos nessa situação e, ao décimo ano, passaria à reserva das Forças Armadas, conforme regulava a legislação pré-constitucional.

Com alicerce no princípio da separação dos Poderes e o princípio da democracia, a aplicação da teoria concretista foi afastada, visto que o Poder Judiciário, neste caso, não detinha competência para decidir positivamente, ou seja, o Tribunal firmou o posicionamento de mera decisão declaratória, a qual se limitava apenas a reconhecer a omissão inconstitucional, informando ao legislador sobre a mora em legislar e que era necessário proceder à elaboração da lei regulamentadora.

A maioria doutrinária criticou este posicionamento da Suprema Corte, por ela ter interpretado de maneira restritiva os direitos fundamentais, acometendo a máxima efetividade constitucional, conforme Fernandes (2016, p. 597) ensina:

Há forte crítica doutrinária sobre o entendimento esposado no MI nº 107/DF. Com certeza com raríssimas exceções, a esmagadora doutrina constitucional e processual sempre criticou veementemente o posicionamento do Pretório Excelso. Entre as críticas estão as que não concordam com a interpretação restritiva e amesquinhada do *writ* em detrimento da máxima efetividade da Constituição.

Em breves comentários a respeito do primeiro posicionamento do Supremo quanto ao mandado de injunção, afirma Bulos (2015, p. 791): “o mandado de injunção, nos primeiros vinte anos de vigência da Carta de 1988, cumpriu, de modo inglório, o seu papel”.

Ao julgar o Mandado de Injunção n. 232/RJ, relatado pelo ministro Moreira Alves, sobre o art. 195, §7º, da Constituição Federal, que prevê isenção de contribuições para a seguridade social às entidades beneficentes de assistência social que cumprem requisitos previstos em lei, decidiu que, se passado seis meses, e a norma faltante não fosse elaborada, o requerente passaria a gozar da isenção prevista.

Moraes (2015, p. 189) menciona:

Também, de maneira excepcional, o STF adotou a posição concretista, para proteger o direito constitucional previsto no art. 195, § 7º (“são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”) e desrespeitado pela inércia estatal.

No mesmo sentido, ao julgar o Mandado de Injunção n. 284/DF, relatado pelo ministro Marco Aurélio, conferiu aos requerentes, independente de nova comunicação ao Poder Legislativo, a mesma decisão proferida no Mandado de Injunção n. 283/DF, pois ambos eram sobre o § 3º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que dispõe acerca de uma reparação de natureza econômica, conforme disposto em lei. Assim, prescindiu de nova comunicação ao Legislativo e possibilitou a ingressão imediatamente com ação ordinária ou comum para obter a reparação econômica prevista.

Mendes e Branco (2014, p. 1208) apontam que

as decisões proferidas nos Mandados de Injunção n. 283 (Rel. Sepúlveda Pertence), 232 (Rel. Moreira Alves) e 284 (Rel. Celso de Melo) sinalizam para

uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução “normativa” para a decisão judicial.

Indicam, assim, a adoção da teoria concretista individual intermediária.

Menciona-se, também, que a Suprema Corte nacional adotou a posição concretista individual direta, ao julgar os MI n. 721/DF e MI n. 758/DF, ambos relatados pelo ministro Marco Aurélio e referentes à aposentadoria especial de que trata o § 4º do art. 40 da Constituição Federal. A Corte Máxima não abriu prazo e nem comunicou previamente o Legislativo, viabilizando o direito constitucional por uma aplicação do princípio da analogia e apenas determinou-se a comunicação ao Congresso Nacional, posteriormente, a fim de que suprisse a omissão legislativa. Sobre estes julgados, Bulos (2015, p. 792) comenta:

[...] julgou procedente pedido formulado em mandado de injunção para, de forma mandamental, assentar o direito do impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre (CF, art. 40, § 4º), adotando como parâmetro o sistema de regime geral de previdência social, que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada. (Lei n. 8.213/91, art. 57).

A respeito dessas sentenças concretizadoras tomadas pelo Supremo, Mendes e Branco (2014) afirmam que isso é um indicativo de que a Suprema Corte admitiu a possibilidade de uma regulamentação provisória editada pelo próprio Poder Judiciário, sendo uma espécie de sentença aditiva, conforme denominação do direito italiano.

Após passar pelas correntes não concretista e concretista individual, o Supremo Tribunal Federal, em 2007, ao julgar três mandados de injunção acerca do direito de greve dos servidores públicos civis, adotou a teoria concretista geral, em um caso marcante para o Direito Constitucional.

Inicialmente, conforme ensinam Mendes e Branco (2014), a posição do Supremo Tribunal Federal quanto ao direito de greve dos servidores públicos civis era não concretista, deixando de reconhecer o direito de greve dos servidores públicos civis sob o argumento de que se tratava de norma de eficácia limitada e que não gozava de autoaplicabilidade. Logo, o Poder Legislativo somente era exortado pelo Poder Judiciário a suprir a omissão legislativa, não se admitindo concretizar o usufruto do direito ora discutido, essa posição foi adotada no Mandado de Injunção n. 20, relatado pelo Min. Celso de Mello, e ratificada nos MI n. 485 e n. 585/TO, relatados pelos ministros Maurício Corrêa e Ilmar Galvão, respectivamente.

Posteriormente, no julgamento do Mandado de Injunção n. 631/MS, relatado pelo ministro Ilmar Galvão, foi proposta pelo ministro Carlos Velloso a aplicação das regras previstas na Lei n. 7.783/1989, que regulamenta o direito de greve dos trabalhadores privados, no que couber, aos servidores públicos civis. Observa-se, aqui, uma concretização do direito constitucional na forma individual e direta.

A posição do ministro Carlos Velloso observou os “parâmetros constitucionais referentes à atuação da Corte como eventual legislador positivo” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1209), fato que inspirou proposta de revisão do entendimento até então adotado pelo Supremo.

Encontrava-se na Corte Máxima os Mandados de Injunção n. 670/ES e n. 708/DF, relatados pelo ministro Gilmar Mendes, e o n. 712/PA, relatado pelo ministro Eros Grau, todos tratando sobre o direito de greve dos servidores civis, um direito que vinha sendo formalmente inviabilizado por mais de dezessete anos em face da inércia legislativa.

Mendes (2014, p. 1211), ao comentar o julgado do MI n. 670/ES, diz: “Tendo em vista essa situação peculiar, entendi devesse recomendar a adoção explícita de um modelo de sentença de perfil aditivo, tal como amplamente desenvolvido na Itália”.

O ministro Gilmar Mendes não defendeu uma postura legislativa positiva do Poder Judiciário ao propor tal mudança, mas somente a concretização de um direito que já estava havia mais de uma década mitigado pela inércia do Poder Público. Isso porque, em um Estado Democrático de Direito, como o é o Brasil, o Judiciário pode e deve censurar uma conduta omissiva do Legislativo, a fim de garantir que direitos constitucionais sejam minimamente reconhecidos. Tal proteção judicial efetiva não pode ser negligenciada.

Mendes disponibilizou trecho de seu voto, no MI n. 670/ES, no sentido de uma sentença aditiva com eficácia *erga omnes*, ou seja, para todos os servidores:

[...] acolho a pretensão tão somente no sentido de que se aplique a Lei n. 7.783/1989 enquanto a omissão não seja devidamente regulamentada por Lei específica para os servidores públicos.

Nesse particular, ressalto ainda que, em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, não estou por afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de órgão competente, seja facultado ao juízo competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de “serviços ou atividades essenciais”, nos termos dos art. 10 e 11 da Lei n. 7.783/1989.

Creio que essa ressalva na parte dispositiva de meu voto é indispensável porque, na linha do raciocínio desenvolvido, não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses “serviços ou atividades essenciais” seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos “essenciais”.

Isto é, mesmo provisoriamente, há de se considerar, ao menos, idêntica conformação legislativa quanto ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade que, se não atendidas, coloquem “em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população” (Lei n. 7.783/1989, parágrafo único, art. 11). (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1213).

Ao julgar o MI n. 712, o ministro Eros Grau proferiu proposta semelhante à do ministro Gilmar Mendes, a qual também foi sugerida como solução ao MI n. 708.

Em outubro de 2007, o Tribunal conheceu, por maioria, os Mandados de Injunção n. 670, 712 e 708, propondo solução para a omissão legislativa, sob o forte argumento de que ao Poder Legislativo não é facultado se concede ou não o direito de greve, pois tal direito já foi concedido pela Constituição.

Assim, ficou afastado de vez o entendimento de que ao Judiciário competia apenas dar ciência ao Legislativo.

Conforme Bulos (2015), reconheceu-se o equívoco jurisprudencial formando no Min. 107/DF e que a interpretação restritiva do remédio constitucional não pode mais prevalecer, sob pena de acabar com sua gloriosa função para a qual foi concebido.

O efeito *erga omnes* do mandado de injunção não foi unânime na Corte, sendo o ponto de maior discussão. Mendes e Branco (2014) advogam que, embora o mandado de injunção tenha caráter subjetivo, a decisão deste procede a uma dimensão objetiva e deve ser estendida a todos aqueles que guardem similitude jurídica,

comportando, assim, uma eficácia *erga omnes* para que a decisão seja concretizada a todos aqueles que demandarem em causas idênticas, independentemente de ser uma omissão do Poder Público, uma conduta ou a despeito de uma determinada lei.

Fernandes (2016) aponta que esta posição do Supremo de eficácia *erga omnes* vem ao encontro da propalada objetivação dos processos subjetivos, por uma série de princípios, como o da celeridade e da economia processual.

Cavalcante Filho (2016) afirma que não há usurpação da função legislativa por parte do Judiciário, haja vista que, apesar de decisão com efeitos *erga omnes*, estes abrangem apenas a situação concreta, ou seja, mesma relação jurídica como base.

Observa-se que a evolução jurisprudencial da eficácia do mandado de injunção passou por diversas correntes: não concretista, evoluindo para a teoria concretista individual intermediária, posteriormente para a concretista individual direta e, por fim, para concretista geral, no entanto cada corrente era adotada dependendo do caso concreto, ou seja, havia certo temor jurídico acerca de que corrente o Supremo iria adotar em cada caso, porém esta insegurança foi superada com a promulgação da Lei n. 13.300, de 23 de julho de 2016, que dispõe sobre o processo e o julgamento do mandado de injunção e trata de maneira expressa sobre a eficácia da decisão na ação injuncional.

7 · A LEI E A EFICÁCIA DA DECISÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

7.1 · EFICÁCIA DA DECISÃO À LUZ DA NORMA LEGAL N. 13.300/2016

Em seu art. 8º, a Lei n. 13.300/2016 tratou sobre a eficácia da decisão, adotando como regra a corrente concretista individual intermediária, ou seja, reconhecido o estado de mora legislativa, o juiz ou o Tribunal primeiramente fixará prazo razoável para que o omisso edite a norma. Caso o prazo acabe, e a mora legislativa não tenha sido suprida pelo impetrado, o Judiciário estabelecerá as condições em que se dará o exercício do direito fundamental reclamado ou, se for o caso, as condições em que o interessado poderá promover ação própria para usufruí-lo.

Moraes (2015), filiando-se a posição do ministro Néri da Silveira, indica como prazo razoável 120 dias, sendo facultado ao julgador variar este prazo, porém nunca fixando prazo menor que o prazo do processo legislativo sumário – até 100 dias. Todavia, o parágrafo único desse mesmo artigo 8º possibilita a dispensa da fixação do prazo se o impetrado já tiver deixado o prazo expirar sem editar norma regulamentadora em mandado de injunção anterior.

Conforme foi exposto anteriormente, a regra adotada pela lei quando a eficácia subjetiva é a individual, ou seja, limitada às partes e no mandado de injunção coletivo, é que a sentença também se limitará às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante. Entretanto, excepcionalmente, a legislação autoriza a eficácia ultra partes ou *erga omnes*, tanto para o mandado de injunção individual como para o coletivo. O § 1º do art. 9º confere essa exceção apenas quando a eficácia ultra partes for inerente ou imprescindível ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa em discussão.

O mesmo art. 9º em seu § 2º autoriza a decisão monocrática do relator em casos análogos de decisões já transitadas em julgado, fato que, como leciona Fernandes (2016), já vinha sendo adotado pela jurisprudência desde o MI n. 795/DF em questão de ordem suscitada pelo então ministro Joaquim Barbosa.

7.2 · SUPERVENIÊNCIA DA NORMA REGULAMENTADORA

A lei também trata das hipóteses em que o Poder Público supre a omissão legislativa e edita a norma faltante. Se o mandado de injunção estiver em trâmite, e a omissão é suprida antes de prolatada a decisão, este fica prejudicado e extingue-se o processo sem resolução de mérito, conforme parágrafo único do art. 11. Por sua vez, se, após julgado procedente o mandado de injunção, a norma regulamentadora é editada, o impetrante terá sua situação regida pela lei superveniente.

Por fim, quanto aos efeitos jurídicos produzidos, o art. 11 é claro ao estabelecer que a norma superveniente produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, tendo como única exceção o caso em que a aplicação da norma editada lhes seja mais favorável.

8 · CONCLUSÃO

O mandado de injunção é o remédio constitucional instituído pelo constituinte originário para defender a concretização de direitos, liberdades ou prerrogativas que este positivou na Constituição Federal da omissão do Poder Público. Como mencionado em breve histórico da positivação da norma, a Carta de 1988 veio após um longo período de abusos do Estado, e a omissão de regular um direito também é uma forma de abuso, o qual é combatido através do instrumento objeto deste estudo.

Observados ordenamentos jurídicos alienígenas, apontou-se a característica pioneira e ímpar deste instituto no cenário do Direito Constitucional. Haja vista que a atuação do mandado de injunção é restrita às normas de eficácia limitada que não foram regulamentadas por legislação infraconstitucional, compreendemos que foi explicada de maneira sucinta e eficiente a teoria da eficácia das normas jurídicas.

A Constituição Federal e a legislação conceituam muito bem o instituto do mandado de injunção, restando-nos adentrar com mais profundidade no campo do objeto, legitimidade, e finalidade do instrumento constitucional. Assim, a fim de atender a uma parte do objetivo geral aqui proposto, utilizando linguagem descomplicada e analisando diversas doutrinas com preceitos legais, ficou claro que o objeto é uma norma constitucional de eficácia limitada que, quando negligenciada, faz restar inviabilizado o exercício de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais a qualquer pessoa, natural ou jurídica, sendo esta o legitimado ativo, ao passo que o legitimado passivo só poder ser o Poder Público responsável pela omissão, conforme pacificado pela lei. Também foi pacificado pela lei que a finalidade do mandado de injunção não é só exortar a edição da norma faltante, mas precipuamente viabilizar o exercício de um direito fundamental sem regulamentação.

As teorias da eficácia da decisão do mandado de injunção são matéria de extrema importância para o entendimento do assunto e conseqüentemente para o cumprimento do objetivo deste trabalho. Assim, foi aprofundada e embasada na doutrina dominante a explicação de todas as correntes: a não concretista, a qual assenta que ao Poder Judiciário só cabe comunicar o Poder Público da inércia inconstitucional; a concretista individual direta, na qual, assim que julgada procedente a injunção, a decisão implementa eficácia sem prévia ciência ao Legislativo; a concretista individual intermediária, que anota a fixação de um prazo para que o Poder competente edite a norma faltante e, se o prazo expirar, possibilita que a decisão produza seus

efeitos concretizantes; e, por fim, a teoria concretista geral, que determina efeito *erga omnes* às decisões judiciais, já implementando o exercício do direito.

Em uma abordagem histórica da evolução jurisprudencial acerca da eficácia do mandado de injunção, têm-se três períodos claramente distintos e exaltados pela doutrina. Em um primeiro momento a corrente adotada pela Corte Máxima era a não concretista, evoluindo de forma tímida à concretista individual, intermediária e direta; posteriormente, em uma quebra de paradigmas pela Corte Nacional, foi adotada a corrente concretista geral. Atualmente, a Lei n. 13.300/2016 trata sobre o tema e adota a teoria concretista individual intermediária como regra de eficácia das decisões dos mandados de injunção, havendo uma única exceção, já abordada, em que se aceita o efeito *erga omnes* das decisões.

Percebe-se, ao longo deste artigo, que a jurisprudência referente ao mandado de injunção sofreu várias alterações. Aliado ao fato deste instituto ser único no ordenamento jurídico internacional e ter sido apresentado pela Constituição Cidadã, observamos que o Supremo Tribunal Federal foi aprendendo a lidar com ele e aperfeiçoando sua interpretação e conseqüentemente sua jurisprudência sobre o assunto a fim de que o mandado de injunção atingisse sua real finalidade, desejada pelo constituinte originário, fato que serviu de inspiração ao se editar a lei que dispõe sobre o mandado de injunção, a n. 13.300/2016.

Assim, entende-se que este trabalho ratifica a hipótese previamente apresentada, de que “a evolução jurisprudencial e legal tornou mais viável o exercício do direito fundamental previsto em norma de eficácia limitada aos seus titulares”, o que se traduz como uma abordagem positivista do direito, no sentido de aproximar-se da ética.

Dessarte, conclui-se que este artigo chegou aos seus objetivos de forma satisfatória ao analisar e descrever diversas teorias e pensamentos doutrinários acerca do mandado de injunção, somando eles a evolução jurisprudencial e legal que existe sobre o instituto. Abordou-se, assim, de forma inteligível os conhecimentos necessários para que qualquer pessoa que não tenha familiaridade com o tema possa entender tal remédio constitucional e sua aplicação de forma descomplicada, deixando visível ao cidadão que o exercício do seu direito fundamental tem defesa no caso concreto, no campo jurídico brasileiro.

Não ser atemporal é uma limitação que este artigo apresenta, haja vista que os direitos fundamentais são limitados no espaço e no tempo, seus instrumentos de defesa e a forma como são aplicados também sofrem mudanças no decorrer do tempo; outrossim, não foi possível analisar algum julgado sob a ótica na novíssima Lei n. 13.300, de 23 de julho de 2016, que disciplina o processo e o julgamento do mandado de injunção. Isto posto, fica como sugestão para trabalhos futuros uma releitura da jurisprudência e da legislação a fim de verificar se a posição apresentada neste trabalho continua vigente e se, havendo alteração de posição, esta foi ao encontro do direito e da ética.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BRASIL. *Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990*. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm. Acesso em: 12 abr. 2017.
- BRASIL. *Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm. Acesso em: 6 abr. 2017.
- BRASIL. *Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016*. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm. Acesso em: 19 abr. 2017.
- BRASIL. Senado Federal. *Assembleia Nacional Constituinte (Atas de Comissões)*. Brasília. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/sistema.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Omissões inconstitucionais (MI)*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>. Acesso em: 15 abr. 2017.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Primeiros comentários à Lei 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção)*. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2016/06/primeiros-comentarios-lei-133002016-lei.html>. Acesso em: 19 abr. 2017.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Processo legislativo constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 15. ed. São Paulo: Método: 2016.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.