



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS III
CENTRO DE HUMANIDADES
CURSO DE DIREITO**

SARA VILELA DOURADO MANGUEIRA CARVALHO

Mandado de Injunção: As novas perspectivas a partir da Lei 13.300/2016. Delimitando os efeitos da decisão do *writ* e a negativa inconstitucional das tutelas provisórias pelo STF.

**GUARABIRA-PB
2016**

SARA VILELA DOURADO MANGUEIRA CARVALHO

Mandado de Injunção: As novas perspectivas a partir da Lei 13.300/2016. Delimitando os efeitos da decisão do *writ* e a negativa inconstitucional das tutelas provisórias pelo STF.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional

Orientador: Prof. Ms. Jossano Mendes de Amorim

**GUARABIRA-PB
2016**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

C331m Carvalho, Sara Vilela Dourado Mangueira

Mandado de injunção: [manuscrito] : as novas perspectivas a partir da lei 13.300/2016 delimitando os efeitos da decisão do writ e a negativa inconstitucional das tutelas provisórias pelo STF / Sara Vilela Dourado Mangueira Carvalho. - 2016.
42 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2016.
"Orientação: Jossano Mendes de Amorim, Departamento de
Ciências Jurídicas".

1. Mandado de injunção. 2. Teoria Concretista. 3. Tutela
Provisória. 4. Jurisprudência do STF. I. Título.

21. ed. CDD 340

SARA VILELA DOURADO MANGUEIRA CARVALHO

Mandado de Injunção: As novas perspectivas a partir da Lei 13.300/2016. Delimitando os efeitos da decisão do writ e a negativa inconstitucional das tutelas provisórias pelo STF.

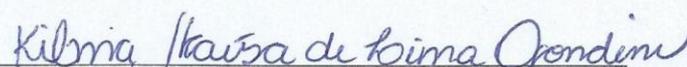
Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

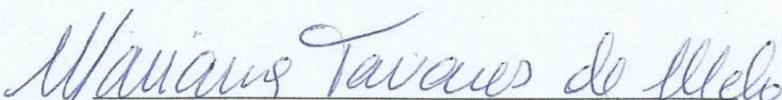
Área de concentração: Direito Constitucional

Aprovada em: 20/10/2016.

BANCA EXAMINADORA


Prof. Ms. Jossano Mendes de Amorim (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Profª. Ms. Kilma Maísa de Lima Gondim (Examinadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Profª. Ms. Mariana Tavares de Melo (Examinadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

*Aos meus queridos pais pelo amor, incentivo e
esforço, DEDICO.*

AGRADECIMENTOS

Ao Bom Deus que me sustenta e me guarda. Dia após dia com benção sem fim.

Aos meus pais, Ivanete Gardênia Vilela e Roberto Mário Carvalho, por todo carinho, suporte e força nos momentos de ansiedade. A distância não os impede de exercer com excelência as missões que por Deus lhes foram concedidas.

Aos meus irmãos, Dean e Sami, pelo amor, companhia e tolerância. Estamos juntos no maior objetivo das nossas vidas, qual seja, honrar nossos pais.

Ao meu amado, Moacir, pela doce convivência, parceria e suporte.

Ao professor Jossano Mendes de Amorim pelo zelo, competência e comprometimento com seus orientandos.

Aos professores do campus III, da Universidade Estadual da Paraíba, em nome da Coordenadora do Curso de Direito, Sônia Medeiros Assis, que apesar de todas as dificuldades, cumprem com responsabilidade e probidade as suas funções.

Aos meus familiares e amigos pelas orações e carinho. Vocês fazem parte dessa conquista. Mais uma vez, obrigada a todos.

“Quanto melhor é adquirir a sabedoria do que o ouro! E mais excelente, adquirir a prudência do que a prata.” Provérbios 16:16.

**MANDADO DE INJUNÇÃO: As novas perspectivas a partir da lei 13.300/16.
Delimitando os efeitos da decisão do *writ* e a negativa inconstitucional das tutelas
provisórias pelo STF.**

Sara Vilela Dourado Manguieira Carvalho

1. INTRODUÇÃO

O mandado de injunção é um remédio constitucional que surge pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico em 1988, cujo objetivo é amenizar a síndrome de inefetividade das normas constitucionais, que acaba por mitigar direitos fundamentais previstos na Carta Maior.

Encontra-se previsto no inciso LXXI, artigo 5º da Constituição Federal de 1988, onde diz que “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”.

Para que o mandado de injunção seja o instrumento cabível, é necessário a falta de uma norma regulamentadora (parcial ou total) e conseqüentemente a impossibilidade do exercício do direito, como requisitos de admissibilidade.

Sobre o tema omissões inconstitucionais, o STF assumiu posição jurisprudencial que não conferia a necessária concretude ao instituto do mandado de injunção, em face disso, o debate acerca da jurisprudência da Suprema Corte é debatido no presente trabalho.

Em junho de 2016 foi publicada a Lei 13.300, que versa sobre o remédio constitucional e suas mais diversas nuances. Acerca dos efeitos das decisões, o legislador optou por normatizar as jurisprudências da Suprema Corte, que atualmente demonstra ser adepto da teoria concretista e seus desdobramentos. Todavia, ao que se refere às tutelas provisórias, o legislador não faz previsão expressa pela concessão, apenas remetendo as omissões à lei do mandado de segurança, que por seu turno, prevê a possibilidade.

Dessa conjuntura, surge o seguinte questionamento: seria "inconstitucional" a jurisprudência do STF no tocante a não concessão da tutela provisória por inobservância do artigo 5º, § 1º da CF/88?

Para isso, serão analisados as aplicabilidades das normas constitucionais, a rigidez da Constituição de 1988 e os mecanismos de combate às inefetividades constitucionais, com enfoque no mandado de injunção.

Posteriormente, um estudo referente a Lei 13.300 e seus principais aspectos, essencialmente ao que diz o legislador quanto aos efeitos das decisões de procedência e à omissão acerca das tutelas provisórias, passando por uma análise sobre a importância das mesmas no ordenamento pátrio.

Por fim, uma interpretação sobre o princípio da aplicação imediata consagrado no parágrafo primeiro, artigo 5º da CF/88, e sua possível inobservância quando da não possibilidade de tutelas provisórias em seu procedimento.

Vale ressaltar que nesse presente artigo fora utilizado o método de investigação dedutivo, através de pesquisas bibliográficas, estudo e interpretação de legislações pátrias e colheitas e análises jurisprudenciais.

2. INEFETIVIDADES CONSTITUCIONAIS E O EFEITO CONCRETISTA

A Síndrome de Inefetividade das Normas Constitucionais ocorre quando o Poder Público ou órgão administrativo deixa de regulamentar normas de eficácia limitada previstas na Constituição Federal, derivando assim em omissões legais e administrativas. Esse fenômeno pode ser combatido através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou do mandado de injunção. As decisões nessas ações constitucionais podem obter efeitos distintos, e tais variações são explicadas pelas teorias concretista e não concretista.

2.1 Aplicabilidade das normas constitucionais

Com o início da positivação dos direitos na Idade Moderna, surgiram diversas normas visando à tutela dos direitos fundamentais, bem como à estruturação e organização do Estado, ensejando a formação de Constituições escritas. Essas normas escritas, por sua vez, admitem diversas classificações quanto a sua aplicabilidade. O estudo recebe importantes contribuições de José Afonso da Silva, que classifica as normas em três grupos, quais sejam as normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor

da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada (...) Se todas têm eficácia, sua distinção, sob esse aspecto, deve ressaltar essa característica básica e ater-se à circunstância de que se diferenciam tão-só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos. É insuficiente, a nosso ver, separá-las em dois grupos, como insinuam certos autores: a) normas constitucionais de eficácia plena, que seriam aquelas de imediata aplicação; b) normas constitucionais de eficácia limitada, distinguindo-se estas, ainda, em: 1) normas de legislação e 2) normas programáticas (...) Em vez, pois, de dividir as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em dois grupos, achamos mais adequado considerá-las sob tríplice característica, discriminando-as em três categorias: I – normas constitucionais de eficácia plena; II – normas constitucionais de eficácia contida; III – normas de eficácia limitada ou reduzida. (SILVA, 1998)

Assim, dentre essas classificações elencadas por José Afonso da Silva, a discussão acerca da síndrome de inefetividade das normas constitucionais repousa, precipuamente, sobre as normas de eficácia limitada, tendo em vista que são essas as capazes de gerar esse desajuste no sistema jurídico brasileiro, pois exigem do legislador uma atividade positiva após a elaboração da Constituição, necessitando de tal complementação legislativa para produção de efeitos, o que nem sempre ocorre. Tais normas, apesar de garantirem direitos basilares, ficam condicionadas à diligência do legislador, não podendo esses direitos, por vezes, serem exercidos enquanto não regulamentados.

Conclui o doutrinador, portanto, que normas desta natureza possuem: aplicabilidade mediata, porque têm seus efeitos essenciais postergados; aplicabilidade indireta, já que não é a norma concessiva do direito que a efetiva; e aplicabilidade reduzida, pois a Constituição garante apenas eficácia negativa, cabendo a eficácia positiva à norma ulterior (SILVA, 1998).

O mesmo doutrinador ainda decompõe as normas limitadas em *definidoras de princípios institutivos e definidoras de princípios programáticos*. As primeiras são aquelas que possuem característica organizativa, onde o constituinte estabeleceu esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos e entidades, como por exemplo, o artigo 113, CF/88, que diz: “A lei disporá sobre a constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos órgãos da Justiça do Trabalho”. Já as normas definidoras de princípios programáticos, ficam encarregadas de traçar objetivos, metas e princípios que devem ser seguidos pelos Poderes, como percebemos da leitura do artigo 3º, CF/88. (SILVA, 1998)

Ocorre que, apesar das normas de eficácia limitada definidoras de princípios programáticos estabelecerem uma atuação futura e por prazo indeterminado, não permite, *a contrario sensu*, segundo o Supremo Tribunal Federal, a substituição da essência contida na norma por uma mera expectativa. Sobre o tema, o Recurso Extraordinário nº 393175/RS do STF:

(...) não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Já Maria Helena Diniz, ao categorizar as normas constitucionais subdivide-as em quatro grupos. O primeiro é composto pelas normas supereficazes, também chamadas de normas com eficácia absoluta ou normas pétreas, que seriam aquelas capazes de cessar os efeitos das normas infraconstitucionais que com elas não existisse compatibilidade. Haveria o grupo das normas com eficácia plena, que não necessitariam de legislação que as complementasse. A doutrinadora ainda aponta as normas com eficácia restringível, equivalente às de eficácia contida conforme leciona José Afonso da Silva. Por fim, as normas com eficácia relativa completável, ou seja, seriam aquelas que dependeriam de complementação legislativa, correspondente às de eficácia limitada segundo J.A da Silva (DINIZ, 1997).

Vencido o estudo da classificação das normas quanto à sua aplicabilidade, que tem importância no estudo das inconstitucionalidades por omissão, pois é sobre uma delas, qual seja, a de eficácia limitada, que o tema encontra conteúdo para debate.

2.2 A natureza rígida da ordem constitucional de 1988

A nossa atual Constituição Federal pode ser considerada, quanto à sua estabilidade, é considerada rígida, ou seja, é possível um processo que a modifique, porém, apesar da mutabilidade ser possível, o procedimento legislativo para tal é complexo, de dificuldade elevada e um tanto mais solene do que o processo legislativo das demais leis do nosso ordenamento. Isso confere à Carta Maior credibilidade. Tal característica, dentre outras, como por exemplo, o fato de se encontrar no topo do escalonamento da ordem jurídica, fundamenta o preceito de que as normas constitucionais possuem, indistintamente, um alto grau de aplicabilidade, de modo que as normas infraconstitucionais devem manter com ela total compatibilidade. Isso significa que, apesar do corpo constitucional conter normas de eficácia limitada, não se abstrai do legislador ordinário o poder-dever de efetivar essas normas, com base na sua supremacia e em prol do sistema de controle de constitucionalidade das leis. Paulo Gustavo Gonet Branco, explica melhor:

A rigidez é atributo que se liga muito proximamente ao princípio da supremacia da Constituição. A supremacia fixa o status hierárquico máximo da Constituição no conjunto das normas do ordenamento jurídico. Essa superioridade se expressa na impossibilidade de o legislador ordinário modificar a Constituição, dispondo em sentido divergente do que o constituinte estatuiu. Se a Constituição pode sofrer transformações pela mesma maneira como se elaboram as demais leis, não se assegura a supremacia da Carta sobre o legislador ordinário. [...] A rigidez, expressando a supremacia da Constituição, demanda, também, a instituição de um sistema de controle de validade dos atos praticados pelos poderes constituídos, em face das normas do Texto constitucional. A rigidez, para ser efetiva, requer um sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, como garantia eficaz da suprallegalidade das normas constitucionais. (MENDES E BRANCO, 2012)

Pois bem, independentemente do grau de aplicabilidade da norma ou de seu caráter comissivo ou omissivo, todas possuem igual importância, bastando que ela tenha sido inserida pelo legislador constituinte originário no Texto Maior, para que a imperatividade seja suficiente a sua efetivação, não cabendo, por desleixo, ou qualquer outra justificativa, atuações desarrazoadas e/ou omissivas em prejudicialidade aos direitos fundamentais. A letra constitucional é suprema e, por si só, vincula aqueles aos quais a mesma fora dirigida, inclusive o legislador ordinário.

2.3 Mecanismos de combate às inefetividades constitucionais

Partindo do pressuposto de que a nossa Constituição é suprema e vincula os Poderes Públicos e seus administrados, não há como deixar de discutir os meios para defendê-la e protegê-la. Para tanto, é necessário entender qual tipo de violação ocorre no caso concreto a fim de que as medidas sancionatórias e reparatórias sejam aplicadas de maneira coerente e eficaz.

Por conseguinte, cabe salientar que a partir do momento em que a norma constitucional é afrontada por outro ato normativo hierarquicamente inferior, através de uma conduta comissiva, caracteriza-se o fenômeno chamado de inconstitucionalidade por ação. Tal evento ocorre da conduta positiva do legislador, que deixa de observar os comandos consagrados pelo constituinte originário. Ocorre que a transgressão à Carta Magna pode não só ocorrer através de desempenho positivo, pois a inércia, a morosidade e a negligência diante de um dever de cumprir - valendo ressaltar que o dano só ocorrerá quando o legislador tiver a obrigação e não mera faculdade (MASSON, 2016) - são capazes também de suscitar desrespeito à soberania constitucional e os demais princípios tão vislumbrados e cuidadosamente selecionados para fazer constar na Carta Magna. Nesse sentido, MI 542/SP:

O desrespeito à Constituição **tanto** pode ocorrer mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia** governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um **comportamento ativo** do Poder Público, **seja** quando este **vem a fazer** o que o estatuto constitucional **não lhe permite, seja**, ainda, quando vem a editar normas em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a Constituição. Essa conduta estatal, que importa em um **facere** (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade **por ação**. – Se o Estado, no entanto, **deixar de adotar** as medidas **necessárias à realização concreta** dos preceitos da Constituição, **abstendo-se**, em consequência, **de cumprir** o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em **violação negativa** do texto constitucional.

É óbvia a dedução de que a omissão inconstitucional é defeito do sistema legislativo, quando da sua negligência no dever de legislar atribuído pela Constituição, resultando, assim, em danos à coletividade, já que o ordenamento jurídico está a serviço de todos, imediatamente ou em potencial.

Sobre o assunto, o Ministro Celso de Mello, no julgamento do mandando de injunção 542/SP, fala sobre a importância de se buscar o saneamento para inefetividade das normas constitucionais:

A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

Objetivando resguardar a Carta Política de 1988 de qualquer tipo de arbitrariedade, o constituinte trouxe ações constitucionais, divididas em dois grupos: os remédios constitucionais e as ações do controle de constitucionalidade. Visando, essencialmente, combater a síndrome de inefetividade das normas constitucionais, há uma ação representante em cada um dos grupos citados. Sobre o tema, Gilmar Mendes:

O constituinte brasileiro de 1988 emprestou significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão com a instituição dos processos de mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade da omissão. Como essas inovações não foram precedidas de estudos criteriosos e de reflexões mais aprofundadas, afigura-se compreensível o clima de insegurança e perplexidade que acabaram por suscitar nos primeiros tempos. (MENDES E BRANCO, 2012)

Ações distintas, que apesar de possuírem o mesmo objeto, qual seja, normas constitucionais de eficácia limitada ainda não regulamentadas, não se confundem devido às suas peculiaridades.

No controle de constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão surge em 1988, como mecanismo de controle concentrado, que por meio de um processo objetivo visa defender normas constitucionais que dependem de regulamentação. Ação mais ampla, onde seus legitimados se encontram no artigo 103, I ao IX, não abrangendo o cidadão, já que não se discute nela direitos subjetivos e particulares, por sua própria natureza (LENZA, 2012).

O Mandado de Injunção é o remédio constitucional, que por meio de um processo subjetivo, ou seja, que analisa casos concretos e limitados visa, restritamente, defender direitos fundamentais pendentes de regulamentação. Distingue-se da ADO também por seus legitimados, que se encontram no artigo 5º, LXX, CF.

2.4 Dos efeitos advindos das decisões em sede de combate às inefetividades constitucionais

Por diversas vezes, os mecanismos criados para vedar a lacuna legislativa não são eficientes o bastante para consumir os direitos violados. É nesse diapasão que a doutrina e a jurisprudência conflitam, no sentido de estabilizar o entendimento acerca da amplitude que as decisões alcançam.

Conhecida como teoria não-concretista, tal concepção perdurou majoritariamente por diversos anos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se pode concluir de julgados mais antigos (MI nº 107). Entendia-se pela impossibilidade absoluta do Judiciário exigir do legislativo a edição da norma com base do princípio da separação do poderes (CARVALHO, 2010). A respeito disse a Corte no MI 107, Rel. Min. Moreira Alves, ainda em 1990:

Tal prática não se deixaria compatibilizar com o princípio da divisão de Poderes e com o princípio da democracia. Além do mais, o modelo constitucional não continha norma autorizadora para a edição de regras autônomas pelo juizado, em substituição à atividade do legislador, ainda que com vigência provisória, como indicado pela doutrina. Portanto, essa posição revela-se incompatível com a Constituição.

Tamanho zelo com a separação dos poderes tem procedência, isso porque, ele é a base de um Estado Democrático de Direito. Tal comportamento judicial é compreendido pelo contexto das relações estatais da época. No período do Estado social do século XX, verificava-se uma atuação ativa do poder legislativo em face dos demais poderes (BONAVIDES, 2007).

O Estado é um ente abstrato criado pela sociedade para o exercício de um *munus* público cujo objetivo é o bem comum de um povo situado em determinado território (DALLARI, 2007). Objetivando paz social, foi necessário idealizar um acordo coletivo cujos termos seriam decididos conjuntamente. Para John Locke, os homens abdicaram de parcela de suas liberdades naturais em prol de um pacto social a qual submetia a todos.

Com o desenvolvimento do Estado, verificou-se uma busca constante de uma minoria pelo poder. O século XIV é marcado pelos Estados Absolutistas cuja principal característica é a concentração de poderes por parte do rei. Todas as funções do Estado - Legislativo, Executivo e Judiciário - eram exercidas pelo ditador, submetendo o povo a constantes abusos e violações de seus direitos essenciais. Somente no Século XVIII com o movimento iluminista surgem as críticas a esse regime visando liberdade, igualdade e fraternidade.

Foi nesse período que Montesquieu defendeu a separação dos poderes como forma de legitimar um governo democrático com respeito às leis. O Poder do Estado não deveria ser exercido única e exclusivamente nas mãos de uma pessoa, devendo ser repartido em três funções.

(...) os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam desempenhados por órgãos diferentes, “de maneira que, sem nenhum usurpar as funções dos outros, possa cada qual impedir que os restantes exorbitem da sua esfera própria de ação”. Só assim é possível o controle do poder pelo poder, só assim é possível a plena realização da separação de Poderes, que se traduz – sintetizamos – na separação funcional (cada função deve ser confiada a cada órgão da maneira mais especializada possível) e na separação orgânica (os órgãos da soberania devem ter independência mútua e devem estar, em tudo, em idêntico pé de igualdade). É essa a essência da doutrina da separação de Poderes (JUNIOR D., 2016)

No Brasil, a separação dos poderes foi estabelecido como princípio fundamental da República, sendo independente e harmônicos entre si os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. É importante ressaltar que o poder estatal não se confunde com as funções estatais.

O Estado é soberano e decorre da vontade do povo nos termos do artigo 1º, parágrafo 2º, da CF/88, tendo o povo como titular único e absoluto do Poder Constituinte. As funções estatais, por sua vez, são divididas em três funções para evitar o abuso ou a ilegalidade do poder (JUNIOR D., 2016).

Nesse contexto, é de salientar que a estrutura e organização do Estado é um das diretrizes basilares de toda e qualquer Constituição, sendo nela disciplinado todas as atribuições das funções Estatais, bem como seus limites (MENDES E BRANCO, 2012).

Assim, com fulcro na separação dos poderes, é vedado a interferência sem base constitucional de um poder sobre o outro sob pena de subversão da ordem constitucional e risco a crises institucionais e políticas.

Visando justamente proteger o equilíbrio e harmonia entre os poderes, foi criado o sistema denominado pela doutrina de freios e contrapesos (*checks and balances*), estabelecendo mecanismos de controles mútuos e recíprocos através de funções típicas e atípicas (MENDES, 2012).

Com o objetivo de proteger o princípio da separação dos poderes, conquistado ao longo da história e consagrado no artigo 2º da Constituição Federal, ao Judiciário competia apenas a mera declaração da mora em decorrência da omissão do legislativo, comunicando ao órgão competente para suprir o vício, sem delimitar prazo ou exigir qualquer providência, o que antagonicamente, acabava por inviabilizar o exercício do direito fundamental discutido na lide, que era exatamente o que o promovente buscava ver remediado.

Essa concepção, mesmo que involuntariamente, violou flagrantemente aplicação dos direitos fundamentais. As partes diante de um direito fundamental previsto na Constituição, porém não regulamentado, buscavam a jurisdição com intuito de terem suas pretensões satisfeitas. A mera declaração da mora negava o acesso à justiça. As decisões judiciais eram desprovidas de efetividade, sendo inócua buscar pela justiça. Em crítica, Uadi Lammêgo Bulos, diz:

O mandado de injunção, nos primeiros vinte anos de vigência da carta de 1988, cumpriu, de maneira inglória, o seu papel. não conseguiu limitar a arrogância discricionária dos órgãos normativos, muito menos minorou o cancro das lacunas e das pressões políticos-jurídicas, que fulminaram direitos fundamentais. Nessa quadra de sua evolução jurisprudencial, não destruiu o rochedo do bronze da prepotência e do silêncio inconstitucional. Grangeou em torno de si enormes descréditos. (BULOS, 2007)

Nesse contexto, o Judiciário apenas aplicava a lei, quase sem nenhuma interferência dos atos políticos ou não políticos dos demais poderes. A separação dos poderes existia apenas no campo formal, porém materialmente tínhamos um Judiciário devorado pelo sistema político, a exemplo da Constituição Federal de 1891, que previa inicialmente a competência do Judiciário em não julgar matérias de ordem política e de caráter público, somente de cunho estritamente privado (CARVALHO, 2010).

Conferir uma solução concreta ao processo não vincula/obriga o legislativo a regulamentar e nem o faz em seu lugar, apenas resolve o problema individual daquele que tem

o seu direito previsto, mas que por motivos alheios a sua vontade se encontra paralisado e inutilizável.

Prudentemente, a jurisprudência da Suprema Corte avançou. Conclusão essa abstraída de julgamentos coletivos a partir de outubro de 2007 em sede de mandado de injunção, como pode extrair do veredicto constante no MI 670, Rel. para o acórdão Gilmar Mendes:

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.

“Após o Mandado de Injunção n. 107, “*leading case*” na matéria relativa à omissão, a Corte passou a promover alterações significativas no instituto do mandado de injunção, conferindo-lhe, por conseguinte, conformação mais ampla do que a até então admitida”, segundo o professor Gilmar Mendes (MENDES E BRANCO, 2012), que também diz:

Assim, o Tribunal, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da omissão legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.
(MENDES, 2009)

Esse posicionamento do STF se encaixa na teoria concretista geral, ou seja, confere a decisão caráter constitutivo, produzindo efeitos *erga omnes*, disponibilizando o exercício do direito para todos que se incluíssem na situação em abstrato, mesmo que não fossem partes no processo judicial.

Como dito, a classificação a respeito ao atual posicionamento sobre os efeitos do Mandado de Injunção é contestável. Além da teoria concretista geral, ainda pode-se abstrair de alguns outros julgados, aderência a teoria concretista individual. Seria aquela que, apesar de trazer um caráter constitutivo, limitar-se-ia em produzir efeitos apenas para os componentes da lide, ou seja, produziria efeito *inter partes*. Dedução abstraída do Mandado de Injunção 721, relator Ministro Marco Aurélio, datado de 2007:

É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se este mandado de injunção não para lograr-se simples certidão

da omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes a nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas conseqüências da inércia do legislador. Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada, entendendo que, mesmo assim, ficará aquém da atuação dos tribunais do trabalho, no que, nos dissídios coletivos, a eles a Carta reserva, até mesmo, a atuação legiferante, desde que, consoante prevê o § 2º do artigo 114 da Constituição Federal, sejam respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho. Está-se diante de situação concreta em que o Diploma Maior recepciona, mesmo assim de forma mitigada, em se tratando apenas do caso vertente, a separação dos Poderes que nos vem de Montesquieu.

Entende-se que a teoria concretista ainda poderia ser subdividida em direta e intermediária. A concretista direta diz que não seria necessário mais esperar para que o órgão ou autoridade omissa legislasse sobre o tema, tendo em vista que, longo fora o período de espera, tanto que houve necessidade de busca ao judiciário, dispensando a imposição de mais tempo. (MASSON, 2016)

Por fim, a teoria concretista intermediária, que parece ser mais razoável. Ela prevê uma junção entre a teoria não-concretista e a teoria concretista. Estabelece que o dever imediato do poder judiciário seria a comunicação ao legislador omissor, com fixação de prazo para sanar o dilema, e posteriormente, o efeito mediato de trazer uma solução concretista ao processo quando da insistência legislativa em permanecer inerte. Sobre o tema diz a ementa da decisão do STF no MI 283:

(...) 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. 8., par. 3., 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 líquida 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 impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável. (grifo nosso)

O Ministro Néri da Silveira (1995), defensor da Teoria Intermediária, em sessão extraordinária se posicionou a favor da teoria intermediária:

Adoto posição que considero intermediária. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o

Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito in concreto. É, por isso mesmo, uma posição que me parece conciliar a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei. Esse tem sido o sentido de meus votos, em tal matéria. (*apud* MORAES, 2005)

Enfim, não é pacífico o grau de concretude das decisões. Não se sabe efetivamente onde a jurisprudência se encontra no presente momento, já que por diversas vezes ela mesma se demonstra instável, justificando no fato de que cada situação específica merece ser analisada individualmente. O fato é que, independentemente de onde se situa o posicionamento atual, é unânime que as decisões nos mandados de injunção não são mais passivas, quer dizer, não se fundamentam na teoria não-concretista, como podemos ver da publicação recente da Lei 13.300, onde o legislador espelhou-se nas decisões jurisprudenciais. Não há certeza quais efeitos, afinal ela pode alcançar, mas não há mais dúvidas da existência dos mesmos.

3. DO MANDADO DE INJUNÇÃO E SUAS PRINCIPAIS NUANCES

O Mandado de Injunção é uma ação constitucional expressamente prevista no artigo 5º, LXXI da Constituição Federal, de natureza civil, com procedimento especial, e será utilizada quando 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. Instrumento direcionado para a garantia de proteção de direitos subjetivos pendentes de normatização, através de lei integrativa infraconstitucional.

A base terminológica do mandando de injunção funda-se no *Writ Of Injunction* do Direito americano, todavia, distancia-se quanto à temática, pois o mecanismo americano trata de “imposição vedativa” a um determinado comportamento individual ou coletivo, nada tendo a ver, portanto, com o MI pátrio. Bem assim, temos o *ingiunzione*, do direito italiano, que só se assemelha na nomenclatura. Ainda no direito externo, o *Equity*, remédio constitucional constante na Carta Maior Inglesa, é o que se aproxima um pouco mais do mandado de injunção brasileiro. Não obstante os constantes esforços doutrinários em elencar um protótipo internacional para o nosso mandado de injunção, nenhum dos citados, se assemelham o suficiente para dizermos que existe um representante do mesmo em sede de direito

comparado, podendo, então, ser considerada uma criação brasileira. (CASTRO E FERREIRA, 2016)

O Mandado de Injunção possui duas finalidades de fácil identificação. Primeiramente, este instrumento vem para concretizar os direitos que foram enunciados na Constituição de 1988. Mas incidentalmente, acaba por identificar a inércia dos Poderes Públicos no exercício legiferante, combatendo a síndrome de inefetividade das normas constitucionais. (MASSON, 2016)

Diante do já exposto, são de fácil constatação os requisitos de validade do remédio estudado. O primeiro é a existência de uma norma constitucional que ainda necessita de regulamentação. Há também a necessidade da existência de um dever/obrigação em emitir a norma, já que a faculdade em editar uma lei (em sentido amplo) não gera, por si só, inconstitucionalidade caso ela não seja redigida. E por fim, não basta que haja a falta de uma lei regulamentadora e nem a obrigação em publicá-la, sendo imprescindível que o Poder Público esteja realmente em mora para que o MI seja o meio conveniente para a solução do infortúnio. (LENZA, 2012)

Como já mencionando anteriormente, a norma carecedora de regulamentação deve ser de eficácia limitada e impositiva, pois as normas plenas e contidas produzem efeitos imediatamente, sendo dispensável a complementação. Deve-se salientar, também, que meras faculdades não podem caracterizar mora, pois ainda não há que se falar em direito constitucional já criado, e sim mera expectativa. (MASSON, 2016)

Vale ainda ressaltar que o STF já pacificou o entendimento de que as normas de eficácia limitada devem estar escritas na CF, ou seja, não é cabível MI em sede de normatividade infraconstitucional. Assim fixou o MI 766, Rel. Min. Joaquim Barbosa:

Para o cabimento do mandado de injunção, é imprescindível a existência de um direito previsto na Constituição que não esteja sendo exercido por ausência de norma regulamentadora. O mandado de injunção não é remédio destinado a fazer suprir lacuna ou ausência de regulamentação de direito previsto em norma infraconstitucional, e muito menos de legislação que se refere a eventuais prerrogativas a serem estabelecidas discriminadas pela União.

Quando se fala em órgão/autoridade competente, não nos limita-se apenas ao Poder Legislativo, considerando-se que a CF pode ter direcionado a ordem para outro ente que não faça parte da esfera legislativa tipicamente dita. É válido a partir da afirmativa acima concluir também que quando falamos em falta de “lei”, refere-se à lei em sentido genérico e amplo, isto é, em sentido de norma, instrumento normativo. (MASSON, 2016)

Logo, pode-se definir como sujeito passivo do MI todos os Poderes Públicos omissos incumbidos do dever estabelecido na Carta Maior, não sendo possível a composição do pólo passivo por particulares. Logicamente, um particular jamais terá a obrigação de editar norma vinculante de caráter público, já que tal poder é exclusivo do Estado. A legitimidade ativa fica por conta de qualquer pessoa, física ou jurídica, que tenha direitos lesionados pela falta de norma que deveria ser editada pelo órgão competente, devendo inclusive haver comprovação do nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo não exercício e a ausência da norma.

É cabível a impetração de mandando de injunção coletivo, sendo os legitimados para fazer constar no rol de agentes ativos os citados no artigo 12 da Lei 13.300/16:

Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

I - pelo Ministério Público, 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 Pública, 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.

Sabe-se que a morosidade da autoridade deve estar presente na hipótese motivadora de MI. Ocorre que surge impasse semântico no que se refere ao vocábulo “mora”. A interpretação individual propicia distintos alcances ao sentido da palavra. O lapso temporal pode caracterizar demora para aquele que se sente prejudicado pela falta da regra, mas para o legislador competente, pode ser visto apenas como prazo de aperfeiçoamento.

Relativamente ao assunto, o STF no MI 361, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, estabeleceu:

Mora legislativa: exigência e caracterização: critério de razoabilidade. A mora, que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa, é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da lei fundamental; vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar.

Assim, o atraso fica de fácil apuração quando o texto constitucional determina a dilação temporal limite. Passando-se do tempo determinado, automaticamente ocasiona inconstitucionalidade. Em contrapartida, cenário mais complicado se apresenta quando de situações em que o legislador não estabeleceu tempo certo. Talvez essa dúvida persistisse nos anos subsequentes, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, mas decorridos 28 anos, será que ainda há de se falar em aperfeiçoamento legislativo acerca da matéria como argumento do órgão para justificar a demora? Deve-se ainda estudar se a demora é razoável ou não?

Para encerrar a análise quanto à omissão legislativa e seus alcances, vale salientar que a apresentação de projeto de lei não cessa o requisito para propositura do MI e nem da ADO, tendo em vista que a *inertia deliberandi* denota também omissão (MASSON, 2016), como se depreende do julgado da Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 3. 682-3, Rel. Min. Gilmar Mendes:

As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. Sendo assim, **consignou-se que a *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade** e que a não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. O Tribunal se deparou com o fato de que, diante da ausência da lei complementar em questão, desde a promulgação da EC 15/96, diversos municípios foram efetivamente criados e assumiram a existência de fato como entes federativos. Conseqüentemente, o Plenário do Tribunal, por unanimidade de votos, julgou procedente a ação direta para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, §4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. (grifos nossos)

Ainda pode-se entender a omissão como sendo absoluta ou parcial. Seria absoluta/total quando o responsável pela edição da norma ignora por completo a promessa feita na Constituição Federal. Mas ainda pode ocorrer uma omissão parcial, caracterizada pela insuficiência do texto normativo, apesar da lei antes faltante ter sido normatizada:

Tem-se *omissão absoluta ou total* quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada, Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional[...] Tal como tem sido frequentemente apontado, essa omissão tanto pode ter caráter *absoluto ou total* como pode materializar-se de forma *parcial*. Na primeira hipótese, que se revela cada vez mais rara, tendo em vista o implemento gradual da ordem constitucional, tem-se a inércia do legislador que pode impedir totalmente a implementação da norma constitucional. A omissão parcial, envolve, por sua vez, a execução parcial ou incompleta de um dever constitucional de legislar, que se

manifesta seja em razão do atendimento incompleto do estabelecido na norma constitucional, seja em razão do processo de mudança nas circunstâncias fático-jurídicas que venha a afetar a legitimidade da norma (inconstitucionalidade superveniente), seja, ainda, em razão da concessão de benefício de forma incompatível com o princípio da igualdade (exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade) (MENDES E BRANCO, 2012).

Já é fastidioso o suficiente, para aqueles que necessitam da elaboração da norma, esperar que o legislador saia da sua inércia, e como se isso não bastasse, ainda pode-se deparar com a desatenção do mesmo, quando por inúmeras vezes legislam parcialmente, apresentando um projeto inconcluso, caracterizando o já citado fenômeno da omissão parcial. Independentemente de se tratar de omissão total ou parcial, ambas inviabiliza a concretização da ordem constitucional.

E é a partir da lei defeituosa que surge um novo dilema. Seria cabível o Mandado de Injunção para sanar lacunas em leis já regulamentadas? A jurisprudência, como visto no MI 1.011-AgR, limitava-se a determinar a lei ausente como objeto do M.I, vedando assim a possibilidade que lei imperfeita pudesse ser objeto da demanda. Mais uma vez o cidadão seria o prejudicado com a indolência do órgão legislativo, ora por inexistência da lei, ora por lei insatisfatória.

Por sorte, o MI 542/SP, Rel. Min. Celso de Mello, trouxe um novo rumo para o deslinde da questão, oferecendo a omissão parcial como também instrumento justificador de propositura do remédio constitucional:

A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, **de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes**, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. (grifos nossos)

Recentemente, a própria Lei 13.300/16 no artigo 2º, seguindo o entendimento da Suprema Corte, harmonizou a discussão ao estabelecer que será concedido MI sempre que a falta total ou parcial de lei regulamentadora inviabilize exercício de direitos, explicando ainda no parágrafo único do mesmo dispositivo legal o que se entende por omissão parcial.

Até meados do ano corrente, ao se falar de Mandado de Injunção, dever-se-ia recorrer à lei do Mandado de Segurança para compreender seus deslindes, isso porque, esse remédio constitucional tão nobre e relevante, não possuía uma lei própria que versasse sobre a sua competência e legitimação, bem como o seu procedimento como um todo, devendo ser

aplicada a lei 12.016/2009 analogamente. Pitoresco é que o remédio constitucional que visa combater a ausência de normas regulamentadoras não possuía uma lei que o regulamentava. Após 28 anos desde o momento em que o constituinte previu o M.I na Carta Maior, ou seja, somente no ano de 2016, foi editada a lei regulamentadora do Mandado de Injunção. Não obstante a edição tardia da norma, a mesma ainda vem parcialmente omissa, remetendo as suas lacunas à solução ainda pela Lei do Mandando de Segurança, como o artigo 14 da referida lei estabelece.

4. TEORIAS ADOTADAS NA 13.300/2016 E A NEGATIVA DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

Como visto, a doutrina e a jurisprudência elencam as teorias existentes para classificar os efeitos das decisões de procedência nas ações que combatem as inefetividades constitucionais. A Lei 13.300/2016, que versa sobre o mandado de injunção preocupou-se em tratar do assunto em alguns de seus artigos.

Apesar do cuidado com os efeitos das decisões, o legislador esqueceu de tratar diretamente acerca das tutelas provisórias, atualmente não cabíveis no MI conforme a jurisprudência. Todavia, deixou como aplicação subsidiária a lei do mandado do segurança, que prevê a possibilidade. Assim, trazendo um dilema para os estudiosos do direito: obedecer à lei ou à jurisprudência?

4.1 Principais pontos da Lei do Mandado de Injunção e as teorias adotadas pelo legislador

Em breve observação, a lei em seu artigo 4º, de maneira simplória, no entanto suficiente, define os requisitos de admissibilidade para a propositura da ação, reportando ao Código de Processo Civil e suas regras, acrescentando apenas a indicação, além do órgão impetrado, da pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado.

De maior importância o artigo 8º da lei, que explicita os desdobramentos da decisão, sem se comprometer em determinar exatamente qual teoria acerca dos alcances do efeito fora a escolhida pelo legislador, No entanto, da interpretação legal conclui-se que se assemelha mais à teoria concretista intermediária, isso porque, no inciso I do referido artigo, a solução oferecida é a de determinar na sentença prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora, todavia, sucessivamente, já ficam determinadas na própria

sentença as condições em que se dará o exercício do direito pleiteado, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Todavia, da leitura do parágrafo único do mesmo dispositivo, é possível vislumbrar, mesmo que subsidiariamente, uma aproximação da teoria concretista direta, já que ele dispensa a concessão de prazo para que o impetrado cumpra com seu dever legislativo. Porém isso só seria possível quando comprovado que o demandado já teria deixado de atender o comando determinado no inciso I em outro momento, ou seja, seria prescindível o consentimento de prazo, determinando diretamente as condições em que se exercerá o direito, quando de sentença anterior de igual natureza o órgão moroso já houvesse se recusado a atender as recomendações do judiciário consoantes a resolução da omissão no lapso temporal estabelecido. Corroborando com as conclusões supramencionadas, as disposições do artigo 8º, da Lei 13.300/16:

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

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

II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I **caput** quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

Assim, da interpretação dos dispositivos, conclui-se que há uma coadjuvação entre as teorias concretista intermediária e concretista direta, sendo esta subsidiária daquela. Essa atitude determinada pela Lei 13.300/16 tem seus benefícios, já que confere oportunidade aos órgãos representativos de editarem dentro de suas atribuições constitucionais a devida norma, não violando assim o princípio da separação dos poderes. Por outro lado, verificando a inércia de tais poderes, o judiciário terá mecanismos para cumprir o seu dever de tutela jurisdicional, estabelecido no inciso XXXV, artigo 5º da Constituição Federal, referente ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

No que se refere ao alcance subjetivo da decisão, ao analisar as teorias que estão à disposição do órgão julgador, conforme já estudado, conclui-se pela existência da teoria concretista geral, e da concretista individual, questão também abordada na lei em debate. O legislador tratou de determinar quais sujeitos seriam atingidos com o resultado do julgamento, como abstraímos do artigo 9º e seus parágrafos da lei do Mandado de Injunção.

Como já salientado, a teoria concretista individual é aquela que determina que a decisão só tenha repercussão entre as partes que compõe um dos pólos do processo, não interferindo nos direitos de outros, efeito *inter partes*. Já a teoria concretista geral é aquela que determina resultados de efeitos *erga omnes*, ou seja, a coisa julgada poderá ser aplicada para aqueles que não compõem diretamente o processo, mas que de alguma maneira se submete aos resultados nele obtido. (CASTRO E FERREIRA, 2016)

Logo, percebe-se a lei 13.300/16 optou por escolher, quanto aos reflexos subjetivos da decisão, a teoria concretista individual como regra, pois no caput do seu artigo 9º, determina que a sentença tenha eficácia subjetiva limitada às partes. Todavia, não se exclui a possibilidade de se obter efeito *erga omnes* sempre que a natureza da lide exigir efeitos extensivos:

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

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

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

Diante da leitura dos artigos 8º e 9º, percebe-se que a opção legislativa foi por uma normatização da jurisprudência do Supremo Tribunal. Optou o Legislativo por um conjunto de regras abrangentes, pois essa miscelânea de teorias retrata fielmente a oscilação do STF, conforme os julgados citados, que não definem de modo absoluto a teoria a ser adotada.

Ocorre que, apesar de em um primeiro momento reportar à sensação de insegurança jurídica, ao observar com um olhar otimista, é possível observar que a lei ao trazer um leque de combinações possíveis, permite ao aplicador do direito interpretar casuisticamente, determinando os melhores caminhos processuais e resultados práticos, trazendo sentido ao ordenamento e atendendo aos fins sociais.

De qualquer forma, em nenhum momento, no decorrer dos seus 15 artigos, a lei deixa margem para fazer interpretação pelos efeitos não-concretistas, enterrando de uma vez por todas a já obsoleta teoria. Assim, pode-se descartá-la definitivamente das sentenças, mantendo-as apenas discussões doutrinárias com objetivo de conhecimento histórico, coroando a teoria concretista, nas suas mais variadas vertentes, seja ela direta ou intermediária, geral ou individual.

Por fim, o último ponto relevante que pode-se constatar na lei 13.300/16, é a consolidação do entendimento pela prejudicialidade do processo quando da regulamentação

superveniente da lei à propositura da demanda, tendo em vista que a falta dela, como já mencionado, é requisito de admissibilidade da ação. Atribuí-se à lei efeitos *ex nunc* em relação aos favorecidos com a decisão que transitou em julgado. Deve-se esclarecer, contudo, que se a lei editada for mais favorável que a decisão, serão atribuídos efeitos *ex tunc*, como se pode visualizar do MI 3709-DF, Rel. Min. Roberto Barroso, e o artigo 11 caput e § ún. da Lei do Mandado de Injunção:

Considerando que a falta de norma regulamentadora” (CF/88, art. 5º, LXXI) é pressuposto de admissibilidade do mandado de injunção, a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a edição do diploma reclamado pela Constituição leva à perda de objeto do writ.

Art. 11. 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.

Parágrafo único. Estará prejudicada a impetração se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito.

No mais, o artigo 14 faz referência ainda a Lei do Mandado de Segurança e ao Código de Processo Civil para suplemento das omissões da Lei do Mandando de Injunção.

4.2 A aplicação subsidiária da Lei 12.016/90 e a possível violação do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais

Durante os anos 80 discutia-se acerca da autoaplicabilidade do artigo 5º LXXI da CF/88. O debate trazia o questionamento sobre a necessidade ou não da edição de norma regulamentadora do instituto. O MI nº 107-3/DF também trouxe um norte para a questão.

O Subprocurador da República Inocêncio Mártires Coelho sustentou no julgado em questão, o entendimento de que a previsão do Mandado de Injunção na Constituição Federal não era o suficiente para o exercício do direito ali previsto, tendo em vista que “a norma consagradora do mandando de injunção não tinha elementos mínimos para possibilitar a tutela dos direitos atingidos pela omissão do legislador” (CASTRO E FERREIRA, 2016). Porém, o Procurador Geral da República não acolheu o parecer do Subprocurador relativamente a esse posicionamento, deixando como legado a concretização da aplicabilidade imediata ao remédio constitucional previsto no inciso LXXI, artigo 5º, CF/88.

Todavia, o dispositivo que prevê o MI na Carta Magna é demasiadamente sucinto: “LXXI - 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”. Apesar disso, como decidido no MI 107 sobre o exercício do remédio constitucional (apesar de não ter sido aplicada a teoria concretista no deslinde do processo referente ao direito de greve do servidor público), não se pode deixar de cumprir a Constituição Federal ou mitigá-la, por falta de norma regulamentadora.

Buscando solucionar o impasse, a Lei 8.038/1990, que impõe normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 24, parágrafo único, determina a aplicação das normas do mandado de segurança para o processamento e julgamento do mandado de injunção, e assim permaneceu até o ano vigente.

A antiga lei do mandado de segurança nº 1.533/51, não fazia previsão expressa quanto às liminares nesse remédio constitucional.

A lei 12.016/09 (atual lei do mandado de segurança), nos parágrafos do artigo 7º, estabelece a possibilidade de concessão de liminares quando da configuração dos requisitos previsto em lei processual. Vejamos:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: [...] § 1º Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a **liminar** caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; § 2º Não será concedida **medida liminar** que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza; § 3º Os efeitos da **medida liminar**, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença; § 4º **Deferida a medida liminar**, o processo terá prioridade para julgamento; § 5º As vedações relacionadas com a **concessão de liminares previstas neste** artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. (grifos nossos)

Entende-se, portanto, que no ano de 2009, quando da publicação da lei 12.016, o legislador observou a importância das tutelas provisórias (chamadas de liminares nos procedimentos especiais), prevendo a possibilidade expressa das mesmas nesse procedimento.

Porém, apesar da lei que deveria ser aplicada ao mandado de injunção indicar a possibilidade de liminares, o Supremo Tribunal Federal manteve seu entendimento, pelo não cabimento das mesmas no remédio constitucional estudado:

Deve-se atentar, contudo, para a jurisprudência tradicional do STF no sentido de que embora se aplique ao mandado de injunção os aspectos procedimentais do mandado

de segurança, **não é cabível a concessão de medida liminar** no mandado de injunção. Destarte, a norma constante no art. 7º, III, da Lei 12.016/2009 (que autoriza a suspensão do ato que motivou o pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida), não será aplicada aos mandados de injunção. **A justificativa é de que a liminar ultrapassaria os limites da decisão final prolatada no próprio writ.** (MASSON, 2016)

Assim, da mesma maneira que agiu nos julgados do MI 342/SP em 1991, MI 530-3/SP em 1996 e o MI 536-2/MG em 1996 (BULOS, 2007), agiu, por exemplo, no julgado MI 542-7/SP em 2001, ou seja, após a lei do mandado de segurança prever liminares no remédio constitucional.

A jurisprudência do STF acerca do tema foi estabelecida a época em que os as decisões no remédio constitucional em debate eram não concretistas, ou seja, não traziam nenhuma concretude ao processo, contentando-se apenas em declarar a morosidade do legislador.

Se o objetivo da tutelas provisórias de urgência é proteger resultados “quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (artigo 300, caput, CPC/15), e outrora não era possível obter resultados em sede de mandado de injunção, por lógica, havia coerência na jurisprudência do STF em impossibilitar a concessão das liminares.

Quando a Suprema Corte firmou seu posicionamento sobre o instituto da tutela antecipada em sede de mandado de injunção, o Tribunal Constitucional não admitia consequências além da declaração de morosidade dos órgãos legislativos, ocorre que, o antigo embate já se encontra vencido, como visto dos estudos referentes à lei 13.300/16 e aos julgados citados. Assim, não se visualiza a mesma lógica anteriormente vista, já que atualmente podem-se conferir resultados práticos às decisões. O posicionamento da Corte, no tocante à tutela, não evoluiu com a mesma velocidade em que se consolidou a teoria concretista, seja ela em qualquer um dos seus desdobramentos. Pelo contrário, manteve-se estagnado e encontra-se defasado. Sobre a questão:

Deve-se atentar, contudo, para a jurisprudência tradicional do STF no sentido de que embora se aplique ao mandado de injunção os aspectos procedimentais do mandado de segurança, **não é cabível a concessão de medida liminar** no mandado de injunção. Destarte, a norma constante do art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009 (que autoriza a suspensão do ato que motivou o pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida), não será aplicada aos mandados de injunção. [...] Em outras palavras, procurou-se justificar a inadmissibilidade da liminar no mandado de injunção como decorrência do reconhecimento de que nem mesmo o provimento final do remédio seria capaz de suprir a omissão constitucional, o que dizer de um

provimento provisório e liminar! Em nossa percepção, todavia, referido posicionamento (impeditivo da concessão de cautelar) somente se justificava em face da adoção da teoria não concretista para a decisão definitiva. Como o STF passou a consagrar a teoria concretista [...], já não faz mais sentido a inadmissibilidade da cautelar em sede de MI, razão pela qual entendemos ter esse posicionamento se tornado **ultrapassado e contraditório**. (MASSON, 2016)

Uadi Lammêgo Bulos, também critica:

Segundo a jurisprudência pacífica da Corte Excelsa, o *writ* injuncional não comporta concessão de medida liminar, em virtude da natureza jurídica que ostenta. **Precedentes:** STF, MI 342/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 1, de 1º-8-1991; STF, MI 530-3/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 1, de 8-3-1996; STF, MI 535-4/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ, 1, de 14-3-1996; STF, MI 536-2/MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ, 1, de 17-4-1996. Tal entendimento não nos parece salutar. Presentes o *perigo da mora e a fumaça do bom direito*, é plenamente viável, no caso concreto, a concessão de cautelares (BULOS, 2007).

Apesar do entendimento da Suprema Corte quanto a não concessão de liminares em sede de mandado de injunção, a tutela provisória surge como instrumento que viabiliza a aplicação imediata de um direito cujas alegações se apresentam de forma verossímeis ou quando há perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, conforme citação abaixo:

A doutrina, então, passou a perceber que, em concreto, o cumprimento de todos os passos do devido processo legal regidos pela tutela padrão, invariavelmente, acarretava delongas suscetíveis de causar danos irreparáveis à parte, presumidamente, merecedora da tutela jurisdicional favorável, a violar a efetividade e a razoável duração do processo. Nesse passo, foi visando a redistribuir, de forma mais equitativa e justa, o ônus do tempo no processo e para evitar os danos marginais oriundos da demora da prestação jurisdicional, que foram criadas **técnicas diferenciadas de sumarização** para regular provisoriamente a crise do direito e dar respostas mais rápidas e efetivas aos jurisdicionados. Surge, então, **a tutela provisória**, instituto que promove a simplificação do procedimento (sumariedade procedimental) com vistas a acolher uma situação emergencial casuística, equalizando os efeitos maléficos do tempo, sem solucionar de forma definitiva a causa. (MOUZALAS, NETO E MADRUGA, 2016)

Portanto, a recusa ao deferimento *initio litis* poderá acarretar insegurança na efetividade do direito fundamental posto em Juízo. No mais, tendo em vista que a Lei 13.300/2016 é omissa relativamente ao assunto, mas em seu artigo 14, dispõe sobre a aplicação subsidiária da Lei do Mandado de Segurança, que por seu turno, prevê tal viabilidade em toda sua extensão legal, não deveria persistir o entendimento da Corte que caminha em oposição ao que prever as legislações vigentes.

A importância das tutelas provisórias é indiscutível, pois são elas que permitem amenizar os danos causados pela demora jurisdicional. Em consonância com o princípio da

celeridade processual, consagrado no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, as tutelas provisórias permitem uma maior efetividade do processo, como ensina Fredie Didier:

A entrega da tutela-padrão (definitiva satisfativa) dificilmente se dá com a rapidez esperada. Entre o momento que é solicitada e aquele em que é obtida, transcorre considerável lapso de tempo. E isso pode gerar consequências práticas indesejáveis: i) de um lado, dificulta a fruição e a disposição do direito reclamado enquanto pendente o processo, colocando-o sob o risco de dano irreparável ou de difícil reparação [...]; ii) de outro, no curso do processo, é possível que ocorram eventos que coloquem em risco a futura realização do direito já certificado [...]; Em tais casos, para que não fique comprometida a efetividade da tutela definitiva satisfativa (padrão), percebeu-se a necessidade de criação de mecanismos de preservação dos direitos contra os males do tempo. (DIDIER, BRAGA E OLIVEIRA, 2009)

É válido pontuar, em breve digressão, que com o advento do novo Código de Processo Civil, o instituto passou por mudanças significativas, no entanto, a sua importância para o ordenamento fora preservada. O legislador do CPC/2015 cuidou de reservar um livro para o tema. Atualmente, as tutelas provisórias encontram-se concentradas a partir do artigo 294 e seguintes do Código vigente, o que difere do CPC/1973, onde as cautelares eram vistas como procedimento autônomo e previstas em livro especial.

A essência das tutelas provisórias manteve-se intacta, apesar de alterações em seus procedimentos. O CPC/15 divide as tutelas provisórias em tutelas provisórias de urgência e tutelas provisórias de evidência, sendo esta última a grande novidade.

As tutelas provisórias de evidência não dependem de demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Ela será concedida em situações peculiares pontuadas nos incisos do artigo 311:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Já as tutelas provisórias de urgência serão subdivididas em antecipadas (que são equivalentes às tutelas antecipadas no antigo CPC), e em cautelares, que agora não são mais processos autônomos, e sim fase processual. Porém, apesar da reorganização, os objetivos das suas existências permanecem inalterados, como conclui-se da leitura dos artigos a elas

referentes. Vale ainda ressaltar que, as tutelas provisórias de urgência, tanto a cautelar quanto a antecipada, poderão ser concedidas em caráter antecedente e incidental. Elucidativo artigo 294, CPC/15:

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Como visto, as tutelas provisórias assumem elevado grau de importância no âmbito dos processos comuns ordinários, quando por urgência é necessário adiantar os resultados que provavelmente existirão quando da prolação da sentença definitiva. O mesmo raciocínio deve ser aplicado em sede remédios constitucionais, cujo objetivo é garantir o exercício dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, especialmente quando de um remédio que visa “combater a inconstitucionalidade por omissão, fenômeno decorrente da falta de regulamentação das normas programáticas, que não são aplicáveis de imediato” (CASTRO E FERREIRA, 2016), como é o mandado de injunção.

O Supremo Tribunal Federal, além de não observar o artigo 14 da Lei 13.300 cumulado com o artigo 7º da Lei 12.016, deixa de se atentar para o parágrafo 1º, artigo 5º da CF/88, que determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, o que pode ser violado, quando da não concessão da tutela provisória no mandado de injunção que vise garantir direitos e liberdades constitucionais previstas na Constituição Federal.

Assim, pode-se dizer que seria "inconstitucional" a jurisprudência do STF no tocante a não concessão da tutela provisória por inobservância do artigo 5º, § 1º da CF/88?

Segundo Novelino e Alexandrino, 2008, a regra constante do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal não é absoluta, justamente ao que se refere às normas de eficácia limitada:

Essa regra de aplicação imediata, porém, não é absoluta. Embora a regra seja a eficácia e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o fato é que existem direitos fundamentais que consubstanciam normas de eficácia limitada, dependentes de regulamentação por lei para a produção de seus efeitos essenciais. O grau de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais é em grande parte determinado pelo próprio enunciado dos dispositivos que os estabelecem, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicação plena de algumas normas definidoras de direitos fundamentais, especialmente no tocante aos direitos sociais (CF, art. 7). Assim, em que pese o texto constitucional determinar que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata (art. 5, Parágrafo 1), o fato é que temos direitos e garantias fundamentais de eficácia limitada, dependentes de regulamentação para a produção de seus plenos efeitos, como são exemplos os incisos XX e XXVII do art. 7º da Carta Política. (NOVELINO E ALEXANDRINO, 2008)

Todavia, tal posicionamento parece não prosperar na própria jurisprudência do STF, como já analisado o julgamento do MI nº 107-3/DF, quando o Procurador Geral da República não acolheu o parecer do Subprocurador que estabelecia a não autoaplicabilidade do inciso LXXI, art. 5º. CF/88 (referente ao próprio mandado de injunção, pois ao que se refere ao direito de greve do servidor público, tema discutido no referido mandado de injunção, a Corte optou por apenas declarar a morosidade do legislador), por se tratar de norma de eficácia limitada, pois um direito não pode ter sua fruição mitigada com a sua não aplicação imediata por falta de norma regulamentadora. Sobre o tema:

Em termos pragmáticos, o que importa destacar, neste contexto, é o fato de que um direito fundamental não poderá ter a sua proteção e fruição negada pura e simplesmente por conta do argumento de que se trata de direito positivada como norma programática e de eficácia meramente limitada, pelo menos não no sentido de que o reconhecimento de uma posição subjetiva se encontra na completa dependência de uma interposição legislativa. (WOLFGANG, MARINONI E MITIDIERO, 2012)

Tal precedente (MI nº 107) confirma não ser necessário que uma norma possua eficácia plena para que tenha aplicabilidade imediata. Ademais, o § 1º do artigo 5º determina que todos os direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata, não elencando uma exceção sequer em todo o ordenamento jurídico. Apesar do julgamento do mandado de injunção citado acima contraditoriamente não ter conferido aplicação imediata ao direito previsto no inciso VII, artigo 37, CF/88, o MI 670/ES, que também discutiu o tema, concluiu pela aplicação imediata do direito de greve dos servidores públicos mesmo sem norma regulamentadora:

O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Maurício Corrêa (Relator), que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Não votaram os Senhores Ministros Menezes Direito e Eros Grau por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Maurício Corrêa, que proferiram voto anteriormente. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 25.10.2007.

Assim, conclui-se que aos Poderes Públicos cabe o dever de extrair ao máxima a eficácia que a norma pode conceder, principalmente quando falamos em direitos fundamentais, sob a ótica do artigo 5º, parágrafo 1º da CF/88, segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental, pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentabilidade formal no âmbito da constituição (*apud* Agravo de Instrumento nº 1376453-3).

Portanto, a não existência de regulamentação infraconstitucional não é justificativa suficiente nem para que os aplicadores do direito possam eximir-se de sua obrigação constitucional, nem postergá-la pelo longo período que a instrução probatória leva, quando já poderia fornecer de imediato a eficácia que uma norma constitucional sobre direitos fundamentais exige ter e a própria constituição determina. Ademais, o direito posto em Juízo, quando falamos em mandado de injunção, já sofre restrições devido a sua falta de regulamentação, ainda sofre com a impossibilidade de concessão de tutelas provisórias.

5. CONCLUSÃO

Como visto, as normas constitucionais podem ter variadas classificações quanto à sua aplicabilidade. Segundo José Afonso da Silva, as normas de eficácia limitada são aquelas que necessitam de complementação infraconstitucional, conseqüentemente as ensejadoras da síndrome de inefetividades constitucionais. Esse fenômeno ocorre quando normas previstas na Constituição Federal têm a sua eficácia limitada por falta normas regulamentadoras.

Com intuito de combater a síndrome de inefetividade, a Carta Magna de 1998 inova com edição de dois instrumentos processuais capazes de combatê-la. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que é uma ação do controle de constitucionalidade concentrado, ou seja, em que por sua própria natureza, o objetivo é proteger a Constituição. Enquanto que o mandado de injunção surge como remédio constitucional garantidor de direitos fundamentais.

Porém, esses institutos encontravam embaraços quanto o alcance dos efeitos das decisões definitivas, isso porque, a Suprema Corte entendia que os efeitos limitavam-se na declaração e comunicado de morosidade ao órgão legislador. A partir de 2007, o STF passou

a entender de maneira diferente, como analisado dos mandados de injunção referentes ao direito de greve do servidor público. Entendia-se que tomar providências além da declaração de morosidade do legislador, extrapolaria os limites do princípio da separação de poderes.

Todavia, em junho do presente ano foi editada a Lei 13.300 que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção. No decorrer de seus artigos, percebe-se que o legislador optou por normatizar a atual jurisprudência do STF, ou seja, optou por determinar a teoria concretista intermediária como base dos efeitos das decisões de procedência. A legislação nesse sentido trouxe benefícios, já que apaziguou a discussão sobre o tema.

Mas o mesmo não ocorreu com a discussão sobre a possibilidade de liminares no procedimento, tendo em vista que o legislador manteve-se omissos nesse ponto, remetendo a solução para a lei do mandado e segurança, que por seu turno prevê a possibilidade. Ocorre que o Supremo Tribunal não se atentou para tal mandamento, mantendo-se contrário a possibilidade das mesmas.

É nesse contexto que surge o impasse. O estudo mostra-se relevante quando verificada a importância de dois mecanismos fundamentais para o sistema jurídico brasileiro, quais sejam, a tutela provisória e o mandado de injunção. Deixa de ser aplicado o primeiro sem nenhum argumento plausível, tendo em vista que a justificativa anterior, como visto, já se encontra vencida. Da mesma forma, não se abstrai do remédio constitucional o máximo de eficiência possível, já que a ele ignora a aplicação do princípio contido no § 1º, art. 5º.

A doutrina pátria explica a importância das tutelas provisórias em nosso ordenamento, principalmente quando o acúmulo de processos e outros fatores impossibilitam a resolução rápida da lide, em cumprimento do princípio constitucional da celeridade processual.

Ademais, o mandado de injunção garante o exercício de direitos fundamentais, que segundo o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal devem ter aplicabilidade imediata, o que se mostra inviável devido à falta de norma regulamentadora, situação agravada pela não concessão de tutelas provisórias. Assim, seria inconstitucional a não concessão de tutelas provisórias em sede de mandado de injunção por não observância do § 1º, art. 5º, CF/88?

Apesar de haver posicionamento no sentido de que normas constitucionais de eficácia limitada são exceções ao princípio da aplicabilidade imediata, a própria jurisprudência do STF, segundo interpretação dos julgados colacionados, entende que qualquer norma constitucional, independente do seu grau de aplicabilidade, deverá ter aplicação imediata.

Diante dos estudos feitos, através de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, percebe-se que a negativa de tutelas provisórias pelo Supremo Tribunal, além de obsoleta e desatualizada, fere o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, ignora o legislador que estabeleceu a possibilidade das mesmas em sede de mandado de segurança, e consequentemente em mandado de injunção, além de trazer graves danos devido à demora para quem busca a tutela do Estado, que demonstra os requisitos de sua concessão.

6. REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 26º ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Sociologias**, v. 23, janeiro 2010.

CASTRO, Guilherme de Siqueira; FERREIRA, Olávo Augusto Warra Alves. **Mandado de injunção de acordo com a Lei 13.300/2016**. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Normas constitucionais e seus efeitos**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. Juspodivm, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16ª ed. São Paulo: saraiva, 2012.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4ª ed. Salvador: juspodivm, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional**. *Artigo*, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Edição ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOUZALAS, Rinaldo; NETO, João Otávio Terceiro; e MADRUGA, Eduardo. **Processo Civil**. 8ª Edição ed., Vol. Único. Salvador: Juspodivm, 2016

NOVELINO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2008.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 1998.

WOLFGANG, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RESUMO

O mandado de injunção tem seu procedimento regulamentado pela lei 13.300/2016. Nesse sentido, pretende-se com esse artigo estudar os efeitos das decisões de procedência e a concessão de tutelas provisórias, além de fazer uma análise quanto à possibilidade de violação ao princípio da imediatidade devido à negativa do STF em conceder tutelas provisórias. Foram feitas análises acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, da natureza rígida da Constituição Federal de 1988 e da importância das tutelas provisórias à luz da jurisprudência, de doutrinas tradicionais e contemporâneas, bem como análise da lei do mandado de injunção. Por fim, restou comprovado, que apesar de não ter previsão expressa na lei do mandado de injunção, o legislador deixou clara a possibilidade da mesma, mesmo que de maneira indireta. Verifica-se, portanto, que não há vedação legal que impeça a concessão de tutela provisória. Nessas circunstâncias, entende-se que a jurisprudência da Suprema Corte é contrária ao princípio da imediatidade dos direitos fundamentais, previsto no artigo 5º, § 1º da CF/88, o que a torna inconstitucional.

Palavras-Chave: Mandado de injunção. Teoria Concretista. Tutela Provisória. Jurisprudência.

ABSTRACT

The writ of injunction has its procedure regulated by Law 13,300 / 2016. In this sense, it is intended with this article study the effects of the merits of decisions and the granting of provisional guardianships, and to analyze the Possibility of Violation of the principle of immediacy because of the refusal of the Supreme Court to grant provisional guardianships. Analyses Were made about the applicability of constitutional requirements, the rigid nature of the 1988 Federal Constitution and the importance of the provisional guardianships in the light of the jurisprudence of traditional and contemporary doctrines, as well as analysis of the writ of injunction law. Finally, proven remains, although the express provision in the writ of injunction law, the legislature made clear the Possibility of it, even if Indirectly. It appears e Therefore there is the legal prohibition to Prevent the granting of interim protection. In These Circumstances, it is Understood of the jurisprudence of the Supreme Court is contrary to the principle of the immediacy of the fundamental rights provided for in Artgo 5, § 1 of the CF/88.

Keywords: Writ of injunction. Concretist theory. Interim guardianships . Jurisprudence

7) ANEXO – LEI DO MANDADO DE INJUNÇÃO

LEI Nº 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.

O VICE - PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício do cargo de **PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo, nos termos do inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal.

Art. 2º 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. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.

Art. 3º São legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.

Art. 4º A petição inicial deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual e indicará, além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado.

§ 1º Quando não for transmitida por meio eletrônico, a petição inicial e os documentos que a instruem serão acompanhados de tantas vias quantos forem os impetrados.

§ 2º Quando o documento necessário à prova do alegado encontrar-se em repartição ou estabelecimento público, em poder de autoridade ou de terceiro, havendo recusa em fornecê-lo por certidão, no original, ou em cópia autêntica, será ordenada, a pedido do impetrante, a exibição do documento no prazo de 10 (dez) dias, devendo, nesse caso, ser juntada cópia à segunda via da petição.

§ 3º Se a recusa em fornecer o documento for do impetrado, a ordem será feita no próprio instrumento da notificação.

Art. 5º Recebida a petição inicial, será ordenada:

I - a notificação do impetrado sobre o conteúdo da petição inicial, devendo-lhe ser enviada a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste informações;

II - a ciência do ajuizamento da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, devendo-lhe ser enviada cópia da petição inicial, para que, querendo, ingresse no feito.

Art. 6º A petição inicial será desde logo indeferida quando a impetração for manifestamente incabível ou manifestamente improcedente.

Parágrafo único. Da decisão de relator que indeferir a petição inicial, caberá agravo, em 5 (cinco) dias, para o órgão colegiado competente para o julgamento da impetração.

Art. 7º Findo o prazo para apresentação das informações, será ouvido o Ministério Público, que opinará em 10 (dez) dias, após o que, com ou sem parecer, os autos serão conclusos para decisão.

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

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

II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do **caput** quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

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

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

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

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

Art. 10. Sem prejuízo dos efeitos já produzidos, a decisão poderá ser revista, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito.

Parágrafo único. A ação de revisão observará, no que couber, o procedimento estabelecido nesta Lei.

Art. 11. 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.

Parágrafo único. Estará prejudicada a impetração se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito.

Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

I - pelo Ministério Público, 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 Pública, 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.

Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

Art. 13. 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.

Parágrafo único. O mandado de injunção coletivo não induz litispendência em relação aos individuais, 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.

Art. 14. Aplicam-se subsidiariamente ao mandado de injunção as normas do mandado de segurança, disciplinado pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, e do Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, observado o disposto em seus arts. 1.045 e 1.046.

Art. 15. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 23 de junho de 2016; 195º da Independência e 128º da República.

MICHEL TEMER
Alexandre de Moraes
Fábio Medina Osório

Este texto não substitui o publicado no DOU de 24.6.2016