

## MANDADO DE INJUNÇÃO:

Um estudo referente à teoria concretista e o papel do Supremo Tribunal Federal.

Profa. Dra. Elizete Mello da Silva: *dedemelo@femanet.com.br*

Lucas Cavalcanti Dias Pereira: *lucasdcavalcantip@gmail.com*

**RESUMO:** A Constituição Cidadã de 1988, fitando atender aos reclamos do Estado Constitucional de Direito, trouxe eminentes inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, de maneira a expandir o rol de direitos e garantias individuais, bem como criar instrumentos constitucionais aptos a defenderem a aplicabilidade e eficácia de suas normas.

Um dos grandes problemas que o Estado Brasileiro enfrentava – ou ainda enfrenta -, no período que antecedeu a promulgação da Constituição Federal de 1988, dizia respeito às omissões inconstitucionais, que impediam os cidadãos de gozarem de direitos fundamentais, por uma ausência de regulamentação normativa ou atuação executiva por parte do Estado, são as conhecidas *omissões legislativo-executivas*. Consoante está previsto no art. 5º, inciso LXXI, da CF, 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.

Há de se notar, pois, que o legislador deixou explícita a hipótese de cabimento do referido instrumento, sem, todavia, elucidar o alcance de seus efeitos, quando apreciado pelo Poder Judiciário.

Outrossim, vale questionar quais são os efeitos do mandado de injunção e até onde o STF poderá ir para conferir aplicabilidade prática ao instrumento.

Por fim, ressaltaremos neste trabalho, não só a importância desta ação constitucional, mas, evidentemente, a postura do Supremo Tribunal Federal dirigida à concretizar normas constitucionais, conferindo a elas efeitos concretos e práticos para suprir os *silêncios legislativos*.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1. Mandado de Injunção; 2. Supremo Tribunal Federal; 3. Constituição Federal.

**ABSTRACT:** The Citizen Constitution of 1988, looking to meet the demands of the Constitutional State of Law, has brought eminent innovations to the Brazilian legal system, in order to expand the list of rights and individual guarantees, as well as to create constitutional instruments able to defend the applicability and effectiveness of its standards.

One of the major problems that the Brazilian State faced - or still faces - in the period leading up to the promulgation of the Federal Constitution of 1988, concerned unconstitutional omissions that prevented citizens from enjoying fundamental rights, lack of normative regulation or Executive performance by the State, are known legislative-executive omissions. As provided in art. 5, item LXXI, of the CF, an injunction will be granted whenever the lack of a regulatory rule makes it impossible to exercise constitutional rights and freedoms and the prerogatives inherent in nationality, sovereignty and citizenship.

It should be noted, therefore, that the legislator made explicit the hypothesis of compliance with said instrument, without, however, elucidating the scope of its effects, when appreciated by the Judiciary.

Thus, it is worth questioning what the effects of the writ of injunction and how far the STF can go to confer practical applicability to the instrument.

Finally, we will highlight in this work, not only the importance of this constitutional action, but, of course, the Federal Supreme Court's position aimed at concretizing constitutional norms, giving them concrete and practical effects to overcome the legislative silences.

**KEYWORDS:** 1. Writ of Injunction; 2. Supremo Tribunal Federal; 3. Federal Constitution.

## **1. INTRODUÇÃO:**

A Constituição Cidadã de 1988, fitando atender aos reclamos do Estado Constitucional de Direito, trouxe eminentes inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, de maneira a expandir o rol de direitos e garantias individuais, bem como criar instrumentos constitucionais aptos a defenderem a aplicabilidade e eficácia de suas normas.

Nesse sentido, a par de preservar o seu núcleo essencial – dimensão da regra estrutural do Estado, formas de aquisição e perda de poder, sistema de governo, distribuições de funções estatais, regulação do processo de resolução de conflitos dentro da sociedade, normas estruturantes da Administração Pública, princípios diretores e normas asseguradoras da unidade política e rol de direitos e garantias fundamentais – verifica-se inserções no texto constitucional de instrumentos que visam tornar suas normas efetivas ou que tendem a conferir proteção aos cidadãos em caso de usurpação de direitos pelo Estado.

Um dos grandes problemas que o Estado Brasileiro enfrentava – ou ainda enfrenta -, no período que antecedeu a promulgação da Constituição Federal de 1988, dizia respeito às omissões inconstitucionais, que impediam os cidadãos de gozarem de direitos fundamentais, por uma ausência de regulamentação normativa ou atuação executiva por parte do Estado, são as conhecidas *omissões legislativo-executivas*.

Nesse sentido, Naves da Fonseca, em sua tese de doutorado, afirma que “esperava-se na Assembléia Nacional Constituinte de 1987-88 criatividade para encontrar meios eficazes de enfrentamento do complexo problema da inconstitucionalidade por omissão normativa. Nesse ponto, é possível dizer que ela superou todas as expectativas ao dar a luz o mandado de injunção”. (DA FONSECA, p. 5, 2014)

Consoante está previsto no art. 5º, inciso LXXI, da CF, 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.

Há de se notar, pois, que o legislador deixou explícita a hipótese de cabimento do referido instrumento, sem, todavia, elucidar o alcance de seus efeitos, quando apreciado pelo Poder Judiciário.

Outrossim, vale questionar quais são os efeitos do mandado de injunção e até onde o STF poderá ir para conferir aplicabilidade prática ao instrumento.

Nesse diapasão, cabe ressaltar neste trabalho, não só a importância desta ação constitucional, mas, evidentemente, a postura do Supremo Tribunal Federal dirigida à concretizar normas constitucionais, conferindo a elas efeitos concretos e práticos para suprir os *silêncios legislativos*.

Iniciaremos o presente artigo estudando a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Em um segundo momento, realizaremos uma contextualização do

Mandado de Injunção, incluindo o seu conceito, origem, previsão constitucional, competência e pressupostos.

Posteriormente, registraremos a visão doutrinária acerca da função do mandado de injunção com os respectivos marcos interpretativos do STF sobre a matéria.

Na parte final do desenvolvimento, apresentaremos as discussões e resultados acerca da efetividade constitucional por meio desse instrumento, considerando a visão interpretativa de teóricos contemporâneos da hermenêutica constitucional e a interpretação que o Supremo Tribunal Federal tem dado a esse *writ*, até o presente momento.

## **2. APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS:**

A aplicabilidade das normas constitucionais corresponde à capacidade de realização normativa em sua inteireza, vale dizer, à capacidade da norma produzir todos os seus efeitos jurídicos.

José Afonso da Silva, em obra notável a respeito do tema, sustenta que todas as normas constitucionais são dotadas de aplicabilidade, variando, apenas, o grau de aplicabilidade por elas apresentado.

O renomado jurista classifica as normas constitucionais, quanto a sua aplicabilidade, em normas de eficácia plena, contida e limitada.

São normas de eficácia limitada, “aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”. (SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 89)

Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que “o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”. (Idem, p. 90)

Por derradeiro, as normas de eficácia limitada são aquelas que apresentam “aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade”. (Ibidem, p. 91)

Como bem afirma Carlos Geraldo Teixeira:

A Constituição Brasileira de 1988 positivou a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º, Constituição Federal). Não obstante essa disposição, um rol de direitos assegurados naquela carta carece de normas infraconstitucionais integrativas para os fins de aplicabilidade plena. (TEXEIRA, 2014, p. 38)

Isto posto, podemos observar que o Mandado de Injunção tem como objeto as normas de eficácia limitada, isto é, aquelas que embora previstas na Constituição Federal, carecem de complemento normativo para que sejam efetivadas em sua inteireza.

No presente artigo, nos valeremos, portanto, da classificação do eminente Professor José Afonso da Silva para fins de análise do mandado de injunção frente às normas de eficácia limitada.

### **3. PROTEÇÃO JUDICIAL FRENTE ÀS OMISSÕES CONSTITUCIONAIS:**

A omissão legislativa resulta da letargia parlamentar, de modo que o legislador deixa de criar normas que são imprescindíveis para regulamentarem direitos fundamentais.

Isso significa dizer que o legislador viola, por ato omissivo, o dever de atuar concretamente, imposto pela Carta Constitucional.

No dizer de J. J. Canotilho:

A omissão legislativa só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexas com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas. Poderá, de uma forma geral, falar-se de uma inconstitucionalidade por omissão quando a Constituição consagra normas sem suficiente densidade para se tornarem exequíveis por si mesmas, reenviando para o legislador a tarefa de lhe dar exequibilidade prática. (CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos: o Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra as Omissões Normativas. In: As Garantias do Cidadão na Justiça. São Paulo: Saraiva, 1993, 354-355).

Portanto, a omissão legislativa configura uma não-execução constitucional, uma desobediência a uma obrigação constante das normas do texto constitucional. Nesse diapasão, a omissão legislativa, constitucionalmente relevante, é facilmente detectável,

bastando se confirmada a necessidade real da intervenção legislativa para a exeqüibilidade das normas constitucionais.

Na compreensão de Anna Cândida da Cunha Ferraz:

A inércia dos órgãos estatais, que deixam de exercer a obrigação de emanar normas, determinada em preceitos constitucionais, traduz verdadeiro processo informal de mudança da Constituição. Configura inegável processo de mudança constitucional, embora não altere a letra constitucional, altere o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como inconstitucional. Como modalidade de mutação constitucional, a inércia é o processo pernicioso, que acarreta conseqüências desastrosas à vida constitucional dos Estados. (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 217-218)

Assim, como já ressaltado no presente artigo, o legislador constituinte de 1988 deu luz ao Mandado de Injunção, com o fito de solucionar o problema da omissão inconstitucional.

Destarte, cabe agora uma atenta análise do Mandado de Injunção.

#### **4. MANDADO DE INJUNÇÃO**

##### **4.1 ORIGEM:**

Prevalece o entendimento jurisprudencial que aponta a origem dessa ação constitucional no “*writ of injunction*” do direito norte-americano, que consiste em remédio de uso frequente, com base na chamada jurisdição de equidade, aplicando-se sempre quando a norma legal se mostra insuficiente ou incompleta para solucionar, com Justiça, determinado caso concreto.

Conforme preleciona Regina Quaresma:

As *injunctions* se confundem com o *equity sistem* anglo-saxão, tendo sido criadas para efetivar a utilização desse antigo sistema que se baseava e ainda se baseia na observação e ação discricionária, por parte do juiz, para a aplicação de um conjunto de princípios de justiça na solução do litígio. Princípios estes que observam as regras gerais do direito, os costumes, os hábitos e as tradições, criando uma nova regra a ser aplicada na falta de regulamentação ou proteção insatisfatória da *common Law*. (QUARESMA,

Regina. O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Teoria e Prática. 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 33.)

Alexandre de Moraes aduz que, não obstante as raízes históricas do direito anglo-saxão o conceito, estrutura e finalidades da *injunção* norte-americana ou dos antigos instrumentos lusitanos não correspondem à criação do mandado de injunção pelo legislador constituinte de 1988, cabendo, portanto, à doutrina e à jurisprudência pátrias a definição dos contornos e objetivos desse importante instrumento constitucional de combate à inefetividade das normas constitucionais que não possuam aplicabilidade imediata. (MORAES, 2016, p. 295)

#### 4.2 CONCEITO:

Em linhas gerais, podemos conceituar o Mandado de Injunção como sendo um instrumento constitucional que visa proteger o direito de exercício de um direito fundamental, quando impedido de fruí-lo por ausência de norma regulamentadora.

Para Alexandre de Moraes:

O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa ao combate à *síndrome de inefetividade* das normas constitucionais. (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2016, p. 296)

Destarte, constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas, inviáveis por falta de norma regulamentadora, exigida ou suposta pela Constituição.

#### 4.3 PREVISÃO CONSTITUCIONAL E OBJETO:

Está previsto no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, que assim dispõe: “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”.

Destarte, as normas constitucionais que permitem o ajuizamento do mandado de injunção são as normas constitucionais de eficácia limitada, de princípio institutivo, de

caráter impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade. Assim, sempre haverá a necessidade de lacunas na estrutura normativa, que necessitem ser regulamentadas por leis ou atos normativos.

Conforme a lição de Alexandre de Moraes, “não caberá, portanto, mandado de injunção para, sob a alegação de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional, pretender-se a alteração de lei ou ato normativo já existente, supostamente incompatível com a Constituição”. (MORAES, 2016, p. 297)

Relacionando os artigos da constituição que referem diretamente as matérias consignadas no dispositivo constitucional em questão, têm-se: Direitos e Liberdades Constitucionais (art. 5º); Prerrogativas inerentes à Nacionalidade (art.12º e 13º); Prerrogativas inerentes à Soberania (art. 2º); e Prerrogativas inerentes à Cidadania (art. 14º e 15º).

#### 4.4 LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA:

O mandado de injunção poderá ser ajuizado por qualquer pessoa cujo exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional esteja sendo inviabilizado em virtude da falta de norma reguladora da Constituição Federal.

Nos termos do art. 3º, da Lei nº 13.300/2016, 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. Destarte, o sujeito passivo será somente a pessoa estatal, uma vez que no polo passivo da relação processual instaurada com o ajuizamento do mandado de injunção só aquelas podem estar presentes, pois somente aos entes estatais pode ser imputável o dever jurídico de emanção de provimentos normativos.

#### 4.5 COMPETÊNCIA:

Quanto à competência jurisdicional para a análise do Mandado de Injunção, a Constituição Federal já previa no artigos 102, I, “q”, os casos em que a competência é originária do STF; no artigo 102, II, “a”, os casos em que a competência originária é dos tribunais superiores; no artigo 105, I, “h”, os casos em que a competência originária é

do STJ e no artigo 121, parágrafo 4º, V, os casos em que a competência originária é dos TREs.

## **5. DECISÃO E EFEITOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO:**

Como salienta Alexandre de Moraes (MORAES, 2016, p. 301), em relação ao histórico sobre a natureza jurídica da decisão judicial no mandado de injunção e seus efeitos, necessário transcrevermos parcialmente o pronunciamento do Ministro Néri da Silveira, que com absoluta clareza resumiu as posições iniciais existentes no Supremo Tribunal Federal em relação ao mandado de injunção:

Há, como sabemos, na Corte, no julgamento dos mandados de injunção, três correntes: a majoritária, que se formou a partir do Mandado de Injunção nº 107, que entende deva o Supremo Tribunal Federal, em reconhecendo a existência da mora do Congresso Nacional, comunicar a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. Outra corrente, minoritária, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, decide, desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção e provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto. Por último, registro minha posição, que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. 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 concilia 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. De qualquer maneira, porque voto isolado e vencido, não poderia representar uma ordem ao Congresso Nacional, eis que ineficaz. De outra parte, em se cuidando de voto, no julgamento de processo judicial, é o exercício, precisamente, da competência e independência que cada membro do Supremo Tribunal Federal tem, e necessariamente há de ter, decorrente da Constituição, de interpretar o sistema da Lei Maior e decidir os pleitos que lhe sejam submetidos, nos limites da autoridade conferida à Corte Suprema pela Constituição. (Pronunciamento do Ministro Néri da Silveira. Ata da 7ª sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, Diário da Justiça da União, 4 abr. 1995, Seção I, p. 8.265.)

Destarte, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permite classificar os diversos posicionamentos do Pretório Excelso em relação aos efeitos do mandado de injunção a partir de dois grupos teóricos: *teoria concretista e não concretista*.

Pela teoria não concretista, cabe a jurisdição constitucional apenas declarar formalmente a omissão normativa e declarar a mora legislativa, cientificando o órgão competente para que elabore a norma regulamentadora.

Consoante verá a seguir, a lei 13.300/2016, que regulamenta o mandado de injunção, adotou, em seu art. 8º, a teoria *concretista intermediária*.

### 5.1 MARCOS INTERPRETATIVOS DO STF:

A primeira corrente jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do primeiro mandado de injunção MI nº 107, em 21/11/1990, o pleno adotou a teoria não concretista, na medida em que se posicionou no sentido de que o Tribunal limitar-se-ia a constatar **a omissão inconstitucional** e determinar que o parlamento empreendesse as providências de direito.

A corte restringiu o alcance do mandado de injunção, ao atribuir-lhe tão somente as idênticas consequências da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Com base nesse precedente, o STF reiterou o mesmo entendimento quando do julgamento do MI nº 168-5, sustentando:

O mandado de injunção nem autoriza o poder Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem menos ainda lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado. (STF RT 671/216)

Em 20/03/1991, ao julgar o Mandado de Injunção nº 2837, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, o Pretório Excelso, de maneira inédita, estipulou prazo para que fosse suprimida a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados, mediante o reconhecimento ao impetrante de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos arbitrados.

Como ressalta Carlos Gerado Teixeira (Teixeira, 2010, p. 44), num período de aproximadamente 20 anos, essa orientação predominou na suprema corte, fato que

resultou em um “esvaziamento” do instituto, que conduziu-o, pragmaticamente falando, a um estado extintivo.

Esse posicionamento só veio a mudar em 2007, com uma substancial alteração no entendimento sobre o tema, passando a corte a adotar a visão **concretista** na análise dos efeitos do mandado de injunção.

Nesse dia, o Supremo julgou os Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, que tinham como objetivo a mora do legislador em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos.

Nesse trilhar, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu por unanimidade, em 25/10/2007, declarar a omissão legislativa quanto ao dever constitucional de editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, aplicar ao setor, no que couber, a lei de greve vigente no setor privado (Lei nº 7.783/89).

Pela análise dessa decisão, pode-se afirmar que prevaleceu a adoção da teoria concretista geral, pois as decisões resguardaram, garantido de imediato, o exercício de greve para todo o setor público.

## 5.2 TEORIA CONCRETISTA:

Em linhas gerais, pelo posicionamento concretista do Supremo Tribunal Federal, presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente.

Esse entendimento subdivide-se em duas espécies: *concretista geral* e *concretista individual*, conforme a abrangência de seus efeitos.

Pela *concretista geral*, a decisão constitutiva do Pretório Excelso deverá ter efeito *erga omnes*, o que implica em um implemento do exercício da norma constitucional, por meio de uma normatização geral, criada pelo Tribunal.

À evidência, esta teoria deve ser vista com cautela, pois, ao proclamar uma decisão que regulamenta uma norma constitucional, com efeito *erga omnes*, o Supremo Tribunal Federal estará agindo como verdadeiro legislador.

Pela *concretista individual*, a decisão do Poder Judiciário só produzirá efeitos para o autor do mandado de injunção, que poderá exercer plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional. Como preleciona Canotilho:

O mandado de injunção não tem por objecto uma pretensão a uma emanção, a cargo do juiz, de uma regulação legal complementadora com eficácia ‘erga omnes’. O mandado de injunção apenas viabiliza, num caso concreto, o exercício de um direito ou liberdade constitucional perturbado pela falta parcial de lei regulamentadora. Se a sentença judicial pretendesse ser uma norma com valor de lei ela seria nula (inexistente) por usurpação de poderes. (CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos: o Direito à emanção de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas. In: As Garantias do Cidadão na Justiça. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 88)

Como saliente Moraes (Moraes, 2016, p. 306), essa espécie, no Supremo Tribunal Federal, se subdivide em duas: *direta* e *intermediária*.

Pela primeira, *concretista individual direta*, o Poder Judiciário, imediatamente ao julgar procedente o mandado de injunção, implementa a eficácia da norma constitucional ao autor. (Moraes, 2016, p. 307)

Pela segunda, *concretista individual intermediária*, posição idealizada pelo Ministro Néri da Silveira, após julgar a procedência do mandado de injunção, fixa ao Congresso Nacional o prazo de 120 dias para a elaboração da norma regulamentadora. Ao término desse prazo, se a inércia permanecer o Poder Judiciário deve fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor. (STF – Mandado de Injunção no 335-1, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 out. 1994, p. 27.807; STF – Mandado de Injunção no 431-5, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 set. 1994, p. 25.325.)

Todavia, conforme propõe o presente estudo, é necessário confrontar se a teoria concretista com a separação dos Poderes, de modo a verificar se estaria havendo ou não uma atuação excessiva do Supremo Tribunal Federal, ferindo a harmonia entre os três poderes que integram a República.

### 5.3 Lei 13.300/2016 e Teoria Concretista Intermediária:

Em 23 de Junho de 2016 foi criada a lei nº 13.300/2016 que passou a disciplinar o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo.

Como ressaltamos anteriormente, os efeitos da decisão judicial que julga o Mandado de Injunção sempre foi uma questão que despertou discordância doutrinária e jurisprudencial acerca do seu objeto, sendo que três posições se destacaram: a teoria concretista geral, a teoria não concretista e a teoria concretista intermediária.

Nesse cenário, a Lei 13.300/2016 positivou elementos das três teorias, repassando ao julgador, na análise do caso específico, a decisão sobre os efeitos da decisão, considerando também a mora do impetrado.

Com efeito, o artigo 8º, inciso I, da Lei, afirma que com o reconhecimento da mora regulamentadora, o impetrado deve ser cientificado, com a fixação de prazo para que regulamente a norma.

O inciso II do referido artigo determina que, caso não seja regulada a matéria no prazo determinado, a decisão deve estabelecer as condições em que se dará o exercício do direito invocado nos autos, adotando, por conseguinte, a *teoria concretista individual*. (g.n.)

O parágrafo único do artigo 8º refere que, caso o impetrado já tenha deixado fluir o prazo referente à mesma omissão, deve ser aplicado de forma direta o teor do inciso II.

O artigo 9º, parágrafo primeiro, admite que a decisão do Mandado de Injunção tenha eficácia *erga omnes*, vale dizer, que seja universal e válida para todos.

#### 5.4 TEORIA CONCRETISTA E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES:

*Prima facie*, é importante fixar a premissa de que o princípio da Separação dos Poderes não pode ser visto de maneira absoluta, de maneira a impedir que o Poder Judiciário possibilite a efetivação e garantia dos direitos e liberdades constitucionalmente assegurados, sob pena da constituição virar rol de direitos e garantias sem qualquer efetividade.

Com efeito, o conceito de “separação de poderes” designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do estado, e que é possível definir fronteiras separando cada um dessas três funções. Contudo, essa trilogia não reflete uma verdade proveniente da natureza ontológica do Estado de Direito. É

meramente uma construção política, notavelmente conhecida e bem-sucedida, na medida em que recebeu amplíssima consagração jurídica.

Dessa forma, temos que é impossível atribuir a criação do Direito a um órgão e sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções. Nessa senda, o próprio texto constitucional é pródigo em estabelecer o exercício de funções atípicas pelos poderes do Estado. A título de exemplificação, recordem-se os artigos 52, inciso I e 84, inciso XXVI, que determinam competir, respectivamente, ao Senado Federal processar e julgar o Presidente e o Vice - Presidente por crimes de responsabilidade, e ao Presidente editar medidas provisórias com força de lei.

O próprio Min. Ricardo Lewandowski ponderou, no julgamento do Mandado de Injunção nº 708, que a “visão ortodoxa do princípio da separação dos poderes em sido considerada ineficaz, por frustrar a expectativa do impetrante de lograr uma tutela efetiva do direito cujo exercício é obstado pela ausência de norma regulamentadora.”

Nesse sentido, essa questão já foi sanada, de maneira muito brilhante, pelo inigualável Min. Eros Roberto Grau, na apreciação do Mandado de Injunção nº 786. Dessa decisão destacam-se os seguintes trechos:

O mandado de injunção destina-se, apenas, à remoção da obstáculo criado pela omissão do poder competente para a norma regulamentadora. A remoção desse obstáculo se realiza mediante a formação supletiva da norma regulamentadora faltante. É este o resultado prático que se pode esperar do julgamento da mandado de injunção. **A intervenção supletiva do Poder Judiciário deve subordinar-se, porém, ao princípio da independência e da harmonia entre os Poderes (CB, art. 2º).** A autorização constitucional para a formação de normas supletivas não importa permissão ao Poder Judiciário para imiscuir-se indiscriminadamente no que é da competência dos demais Poderes. **Trata-se apenas de dar remédio para omissão do poder competente. Para que tal omissão se configure, é preciso que norma regulamentadora não tenha sido elaborada e posta em vigor no prazo constitucional ou legalmente estabelecido, quando houver, ou na sua falta, no prazo que o tribunal competente entenda razoável [...]** O que cabe ao órgão da jurisdição não é, pois constringer alguém a dar cumprimento ao preceito constitucional, mas, sim, suprir a falta de norma regulamentadora, criando, a partir daí, uma coação da mesma natureza daquela que estaria contida na norma regulamentadora [...]. **Deverá ela regular apenas o caso concreto submetido ao tribunal, ou abranger a**

**totalidade dos casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos, embora entre sujeitos diferentes?** Dentre essas alternativas, é de se optar pela última, posto que atividade normativa é dominada pelo princípio da isonomia, que exclui a possibilidade de se criarem tantas normas regulamentadoras diferentes quantos sejam os casos concretos submetidos ao mesmo preceito constitucional. Também aqui é preciso ter presente que não cumpre ao tribunal remover um obstáculo que só diga respeito ao caso concreto, mas a todos os casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos. [...] constitui dever-poder deste Tribunal a formação supletiva, no caso, da norma regulamentadora faltante. 18. O argumento de que a Corte estaria então a legislar — o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] — é insubsistente. 19. Pois é certo que este Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o artigo 40, § 4º, da Constituição, função normativa, porém não legislativa.

Em suma, e em consonância com a melhor jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e com o disposto nos arts. 8º e 9º, da lei nº 13.300/2016, entendemos que a atuação concretista, fitando conferir eficácia a direito, garantia ou liberdade fundamental, não agride o princípio da separação dos poderes, mesmo porque a Constituição estabeleceu o Mandado de Injunção para fins de combater a síndrome de inefetividade das normas constitucionais e, a lei supracitada, conferiu esse poder ao Judiciário, vislumbrando a importância de garantir aplicabilidade às normas constitucionais que padecem em razão das omissões inconstitucionais advinda do Poder Público competente.

## **6. CONCLUSÃO:**

O estudo foi desenvolvido fitando confirmar a hipótese de ser o mandado de injunção um instrumento de efetividade constitucional, a partir da abordagem teórica e jurisprudencial concernente a esse remédio constitucional, haja vista os fundamentos de sua criação e a correlação direta com os direitos fundamentais.

Ademais disso, verificamos que a lei 13.300/2016 consubstancia um avanço para a constitucionalização do direito, uma vez que instrumentaliza e efetiva o Mandando de Injunção, tornando-o, em suma, um instrumento apto a combater à síndrome da

inefetividade das normas constitucionais, fazendo com que as garantias e direitos fundamentais que dependam de uma regulamentação do parlamento, não venham a perder sua eficácia, na hipótese de omissão do poder competente.

Destarte, com a regulamentação dada pela lei supracitada, pode-se concluir que os ditames constitucionais acabam prevalecendo. Ganhando, com isso, a cidadania, a sociedade, a justiça social, uma vez implementadas a supremacia e a efetividade das normas constitucionais.

## **7. BIBLIOGRAFIA:**

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos: o Direito à emanção de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra as Omissões Normativas**. In: As Garantias do Cidadão na Justiça. São Paulo: Saraiva, 1993.

DA FONSECA, João Francisco Naves. **Eficácia do Mandado de Injunção**. USP: Tese de Doutorado, 2014.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016

QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão**. Teoria e Prática. 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

TEIXEIRA, Carlos Geraldo. **Mandado de Injunção: Novas perspectivas Diante da Evolução do Tema na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Revista da SJRJ, 2010.