



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

“AVANÇOS” NO COMBATE ÀS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS
COM A EDIÇÃO DA LEI Nº 13.300/16

Thays Areias Maudonet

Rio de Janeiro
2017

THAYS AREIAS MAUDONET

“AVANÇOS” NO COMBATE ÀS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS
COM A EDIÇÃO DA LEI Nº 13.300/16

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nélson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

“AVANÇOS” NO COMBATE ÀS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS
COM A EDIÇÃO DA LEI Nº 13.300/16

Thays Areias Maudonet

Graduada pela Universidade Federal
Fluminense (UFF). Advogada.

Resumo – A Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) possui normas de eficácia limitada, quais sejam, as dependentes de regulamentação infraconstitucional para produção dos seus efeitos jurídicos máximos. Muitas delas continuam sem a regulamentação que a ordem constitucional impõe até hoje, o que configura uma omissão legislativa inconstitucional e impede a concretização da Constituição. Para combater este problema, uma das ações criadas pela Constituição é o Mandado de Injunção, o qual não tinha regulamentação específica até a edição da Lei nº 13.300/2016, cuja análise é a essência deste trabalho. Sob o ponto de vista prático, verifica-se que a Lei nº 13.300/16 se limitou a positivar a posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF), de forma que não demonstrou efetiva evolução no combate à síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Normas de eficácia limitada. Omissão Inconstitucional. Mandado de Injunção.

Sumário – Introdução. 1. Mandado de Injunção: uma das respostas do legislador constituinte contra a síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada. 2. A mudança de orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e sua capacidade de trazer efetividade para a realização constitucional. 3. A Lei nº 13.300/16 efetivamente representou um avanço no combate às omissões legislativas inconstitucionais ou caracteriza uma positivação da jurisprudência dominante? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa versa sobre omissões legislativas inconstitucionais. Busca-se, mais especificamente, analisar se efetivamente houve avanço no combate a tais omissões com a regulamentação do Mandado de Injunção pela Lei nº 13.300/16.

Para contextualizar o tema, importa registrar que a Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) possui normas de eficácia limitada, que são as que dependem de regulamentação infraconstitucional para produção dos seus efeitos jurídicos máximos. Muitas delas permanecem até hoje sem a regulamentação que a ordem constitucional impõe, o que configura uma omissão legislativa inconstitucional.

A CRFB/88 criou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção para combater o problema supramencionado. Essas ações já evoluíram bastante e

representam um avanço considerável no sentido da concretização das normas constitucionais, embora ainda haja um longo caminho a ser percorrido para serem mais eficazes.

O Mandado de Injunção é uma ação que não tinha regulamentação específica. Assim, a ele era aplicada a Lei nº 12.016/09, que disciplina o Mandado de Segurança, por analogia, como se extraía do art. 24, parágrafo único, da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990.

A falta de legislação específica para disciplinar o Mandado de Injunção era alvo de muitas críticas e provocava muitas dúvidas na aplicação prática do instituto, sendo apontada como uma das causas para o pouco avanço no combate às omissões legislativas inconstitucionais. Assim, em 2016, foi editada a Lei nº 13.300/16, que disciplina o processo e o julgamento dos Mandados de Injunção individual e coletivo e dá outras providências.

Nesse contexto, o trabalho enfoca a atuação inerte do Poder Legislativo na elaboração de leis previstas na CRFB/88, das quais suas normas de eficácia limitada dependem para produção de seus efeitos máximos, mesmo após a declaração da mora e da inconstitucionalidade da omissão legislativa pelo Poder Judiciário. A relevância da pesquisa se verifica pela edição da Lei nº 13.300/16 e pela análise de em que medida isso representou um avanço no combate desse problema.

As seguintes questões permeiam esta pesquisa: Qual é o objetivo do Mandado de Injunção como resposta do legislador constituinte contra a síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada? Até que ponto as mudanças de orientação do Supremo Tribunal Federal (STF) foram capazes de trazer efetiva realização constitucional? A Lei nº 13.300/16 efetivamente representou um avanço no combate às omissões legislativas inconstitucionais ou caracteriza mera positivação da jurisprudência dominante, sem alcançar o fim prático pretendido?

Objetiva-se, com base nas reflexões sobre as questões norteadoras, demonstrar que muito ainda tem que ser feito para o combate efetivo das omissões legislativas inconstitucionais e, em decorrência, concretização dos ideais e objetivos constitucionais.

Dessa forma, inicia-se o primeiro capítulo demonstrando que, diante da síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada, problema que acompanha a história do Brasil desde as primeiras Constituições Federais do país, o Mandado de Injunção é uma ação muito importante no sentido do combate desse problema, tratando-se de inovação introduzida no direito brasileiro pelo constituinte originário de 1988.

O segundo capítulo analisa a jurisprudência do STF, que manifestou, nas modificações em suas Decisões, a preocupação em assegurar o exercício dos direitos previstos

em normas constitucionais de eficácia limitada sem a devida regulamentação infraconstitucional, da qual aquelas dependem para produzir seus efeitos jurídicos máximos.

No terceiro capítulo, critica-se a Lei nº 13.300/16, considerando que embora ela represente um avanço no combate às omissões legislativas inconstitucionais, sanando dúvidas quanto à aplicação do Mandado de Injunção, a regulamentação do instituto representou pouca evolução prática, pois apenas positivou a jurisprudência dominante sobre o tema.

A pesquisa é desenvolvida pelo método misto. Assim, utiliza o método dedutivo (geral para o específico), mas também passa pelo método indutivo (particular para o geral), quando necessário, por meio da análise e pesquisa bibliográfica e explicativa, jurisprudencial e estudo legislativo do direito pátrio.

1. MANDADO DE INJUNÇÃO: UMA DAS RESPOSTAS DO LEGISLADOR CONSTITUINTE CONTRA A SÍNDROME DA INEFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA

Todas as normas constitucionais têm efeitos jurídicos, mas essas se dividem em norma de eficácia plena, norma de eficácia contida e norma de eficácia limitada ou reduzida, de acordo com a teoria tripartida, desenvolvida, no Brasil, por José Afonso da Silva¹:

[...] se todas têm eficácia, sua distinção, sob esse aspecto, (...) 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.

A norma de eficácia plena e a norma de eficácia contida são normas auto-aplicáveis, já a norma de eficácia limitada ou reduzida é norma não auto-aplicável, o que significa que depende de atuação legislativa ou administrativa para produção dos seus efeitos jurídicos máximos, sendo norma de incidência mediata, indireta e não integral.

¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 81-82.

As normas de eficácia limitada se subdividem em normas institutivas e normas programáticas. Estas trazem diretrizes ou programas, cuja disciplina cabe ao Estado, já aquelas dependem de regulamentação pelo Poder Público, pois criam institutos ou funções.

A inconstitucionalidade, que é uma forma de violação à CRFB/88², pode ocorrer por ação ou por omissão: a inconstitucionalidade por ação ocorre quando é praticada conduta proibida por norma constitucional, já a inconstitucionalidade por omissão ocorre caso não seja realizado o que a norma constitucional manda, seja de forma parcial ou total.

No que remete especificamente à omissão legislativa inconstitucional, que o presente trabalho tem por foco, importa esclarecer que diz respeito à que decorre do não cumprimento de um mandamento constitucional, no sentido de que seja elaborada uma lei infraconstitucional, o que faz com que uma norma constitucional de eficácia limitada não produza seus máximos efeitos. Esse problema é chamado de síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada.

Desde a primeira Constituição do Brasil³, qual seja, a do Império de 25 de março de 1824, até a atual⁴, observa-se o problema da síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada. No entanto, a CRFB/88⁵, conhecida como a Constituição da redemocratização, foi promulgada com o objetivo de ser efetivamente concretizada. Assim, o legislador constituinte, inovando, criou duas ações para combater o problema ora tratado: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

O presente trabalho pretende a abordagem e a análise apenas do Mandado de Injunção, mas é oportuno explicar que, em linhas gerais, a diferença entre as duas ações é que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tem por intuito a tutela da efetividade da Constituição Federal em si, inaugurando um processo objetivo, enquanto o Mandado de Injunção objetiva a defesa de direitos fundamentais dos indivíduos e, sendo assim, enseja um processo subjetivo.

O Mandado de Injunção está previsto no art. 5º, LXXI, da CRFB/88⁶, de 5 de outubro de 1988, que assim estabelece: “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”.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

³ Idem. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

⁴ Idem, op. cit., nota 2.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

Trata-se de ação ou remédio constitucional, ou seja, consiste em meio judicial colocado pelo legislador constituinte nas mãos dos indivíduos para proteção de direitos fundamentais previstos na CRFB/88⁷, quando a falta de norma infraconstitucional regulamentadora estiver dificultando ou impossibilitando seu exercício.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a atuação estatal deve estar voltada ao interesse, bem comum dos cidadãos e estes, por sua vez, devem ter a sua disposição mecanismos de controle da ação do Estado. É expressão da cidadania e da democracia o indivíduo poder se manifestar contra o ente estatal que não está cumprindo seu papel.

Nesta linha de raciocínio, o Mandado de Injunção é uma ação democrática que permite que o cidadão se insurja, em última análise, contra a inércia do Poder Legislativo. Além disso, esta ação judicial impede que a falha do Poder Legislativo (consistente em não elaborar norma prevista na CRFB/88⁸) restrinja direito ou garantia fundamental do indivíduo.

Nota-se, assim, que legislador constituinte demonstrou, com a criação do Mandado de Injunção, que a CRFB/88⁹ não foi promulgada para ser letra morta ou apenas um conjunto de palavras bonitas escritas num papel, cumprindo mero requisito formal. A CRFB/88¹⁰ pretende ser de fato concretizada e vivida pela sociedade brasileira.

Cabe registrar as palavras de Konrad Hesse¹¹:

embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se estas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar esta ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.

Pode-se dizer, então, que o Mandado de Injunção, como resposta do legislador constituinte contra a síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada tem o escopo de ser um garantidor da democracia no Brasil, por meio da tutela dos direitos mais importantes dos indivíduos: os direitos constitucionais fundamentais.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ HESSE apud PIOVESAN, Flavia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 17.

O Mandado de Injunção não possuía lei infraconstitucional específica que o regulamentasse, o que era fortemente criticado pela comunidade jurídica. Por isso, a essa ação era aplicada, analogicamente, a Lei nº 12.016/09¹², que trata do Mandado de Segurança, por força do art. 24, parágrafo único, da Lei nº 8.038¹³, de 28 de maio de 1990.

Nesse contexto, a jurisprudência do STF contribuiu muito para dar os contornos da aplicação do instituto e dirimir dúvidas no seu manejo pelos operadores do direito, o que deu maior efetividade para a ação na falta de lei específica para a regulamentar.

No entanto, no ano de 2016, para resolver o problema da falta de regulamentação específica do Mandado de Injunção, foi editada a Lei nº 13.300/16¹⁴, que disciplina o processo e o julgamento dos Mandados de Injunção individual e coletivo e dá outras providências.

2. A MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA CAPACIDADE DE TRAZER EFETIVIDADE PARA A REALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como já mencionado no capítulo anterior, antes da edição da Lei nº 13.300/16¹⁵, que disciplina o processo e o julgamento dos Mandados de Injunção individual e coletivo e dá outras providências, ao Mandado de Injunção era aplicada, analogicamente, a Lei nº 12.016/09¹⁶, que trata do Mandado de Segurança, por força do art. 24, parágrafo único, da Lei nº 8.038¹⁷, de 28 de maio de 1990.

Nesse cenário de ausência de legislação específica para tratar do Mandado de Injunção, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, maior instância judiciária do Brasil, se destaca por delimitar a amplitude dos efeitos desta ação.

Em um primeiro momento, ao analisar os Mandados de Injunção, o STF tinha posição conservadora em suas Decisões, a qual se convencionou chamar de posição não

¹² BRASIL. *Lei nº 12.016*, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

¹³ Idem. *Lei nº 8.038*, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

¹⁴ Idem. *Lei nº 13.300*, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Idem, op. cit., nota 12.

¹⁷ Idem, op. cit., nota 13.

concretista geral. Isso porque a Corte se limitava a reconhecer a inércia do Poder Legislativo formalmente, de modo a declarar a mora, a omissão deste.

O Mandado de Injunção nº 95¹⁸ é um exemplo de julgado no qual foi adotada a posição não concretista geral, senão veja-se seu dispositivo:

Decisão: Por maioria de votos, o Tribunal deferiu, em parte, o mandado de injunção, para reconhecer a existência da mora e notificar o Congresso Nacional para que supra a norma regulamentadora, ficando vencidos os Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão, em maior extensão, e o Ministro Néri da Silveira, em extensão menor, que deferiam para fins diversos. Vencidos os Ministros Francisco Rezek e Celso de Mello, que o indeferiam. Votou o Presidente. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Sydney Sanches, Presidente. Presidiu o julgamento o Ministro Octávio Gallotti, Vice-Presidente. Plenário, 07.10.92.

A posição não concretista geral vigorou no STF até o ano de 2007, fundada no entendimento de que se alguma medida, como a fixação de prazo para o Poder omissor (que é o Poder Legislativo neste caso) elaborar a norma faltante, fosse determinada pelo Poder Judiciário no julgamento da ação, seria violado o princípio da separação dos poderes. Vale destacar que o princípio mencionado é tutelado pela Constituição Federal como cláusula pétrea, no art. 60, parágrafo 4º, III, da CRFB/88¹⁹, de 5 de outubro de 1988.

Com o passar do tempo, no entanto, observou-se que este tipo de Decisão deixava o Mandado de Injunção sem eficácia prática. A título de exemplo, o já citado Mandado de Injunção nº 95²⁰ se refere ao caso de um ex-funcionário que ajuizou a ação para ter assegurado o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, previsto no art. 7º, XXI, da CRFB/88²¹, de 5 de outubro de 1988, pois a inexistência de lei infraconstitucional disciplinando esse dispositivo impedia a efetivação do direito do autor. E, após a Decisão do STF nesta ação, em 1992, a Lei nº 12.506, que trata do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, apenas foi editada no dia 11 de outubro de 2011²².

Tendo isso em vista, a posição não concretista geral está superada hoje. Desde 2007 o STF não adota mais tal entendimento e forma de decidir, passando a utilizar a denominada posição concretista, que se subdivide em direta ou indireta, bem como em individual ou geral.

¹⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 95*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+95%2E+NUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+95%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6czc97>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

¹⁹ Idem, op. cit., nota 2.

²⁰ Idem, op. cit., nota 18.

²¹ Idem, op. cit., nota 2.

²² Idem. *Lei nº 12.506*, de 11 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12506.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.

A primeira subdivisão se refere à concessão ou não de prazo para o Poder Legislativo elaborar a norma infraconstitucional faltante. De acordo com a posição concretista direta, o Poder Judiciário deverá assegurar o direito do autor no caso concreto de forma direta, imediata, independentemente da elaboração da Lei faltante pelo Poder Legislativo. Já conforme a posição concretista indireta, o Mandado de Injunção, sendo julgado procedente, conteria uma oportunidade para o Poder omisso elaborar a norma faltante, em determinado prazo. Escoado este prazo sem que ela seja cumprida, o Poder Judiciário viabilizaria o direito do autor.

A segunda subdivisão, por sua vez, diz respeito à eficácia subjetiva da decisão. Segundo a posição concretista individual, a decisão do Mandado de Injunção, ou seja, a solução do Poder Judiciário para aquele caso concreto, apenas poderá ser aplicada para a parte autora daquela ação. Em contrapartida, consoante a posição concretista geral, o Mandado de Injunção terá decisão com efeito *erga omnes*, sendo esta aplicada não só para a parte autora da demanda, mas também para todos que se encontrarem em situação semelhante.

Percebe-se, em linhas gerais, que a posição concretista envolve o Poder Judiciário em postura mais eficaz no combate à síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada. No que tange especificamente ao Mandado de Injunção, pode-se dizer que essa posição remete à atitude capaz de concretizar o direito ou a garantia fundamental dos indivíduos que não puderam fazê-lo em razão da omissão do Poder Legislativo em elaborar norma infraconstitucional da qual uma norma constitucional de eficácia limitada depende para produzir efeitos jurídicos máximos. E, importa ressaltar, com sucesso.

Nesse sentido, a título exemplificativo, cabe mencionar o Mandado de Injunção nº 721²³, ajuizado por uma servidora do Ministério da Saúde (auxiliar de enfermagem), cuja aposentadoria especial foi negada pela falta de regulamentação do art. 40, parágrafo 4º, da CREFB/88²⁴, de 5 de outubro de 1988. Vale reproduzir a Ementa desse processo²⁵:

MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada.

MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo

²³ Idem. Supremo Tribunal Federal. *M I nº 721*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KjOkrvVgnEAJ:www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp%3Fid%3D2926415%26tipoApp%3DRTF+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

²⁴ Idem, op. cit., nota 2.

²⁵ Idem, op. cit., nota 23.

subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

O caso foi julgado em 30 de agosto de 2007, tendo o STF concedido o Mandado de Injunção, declarando a mora do Poder Legislativo pela falta de lei infraconstitucional que viabilize a aposentadoria para servidores que tenham atuação em condições diferenciadas, como era o caso da impetrante. Mas a Corte não se limitou a isso. Na Decisão também foi determinada a utilização do sistema do Regime de Previdência Social, disposto no art. 57, da Lei nº 8.213²⁶, de 24 de julho de 1991, para assegurar o direito da autora.

Essa ação teve os efeitos da decisão restritos à impetrante e a solução para o caso concreto foi aplicada imediatamente, independente da edição da Lei faltante, sendo, portanto, exemplo de adoção da posição concretista individual direta.

Contudo, posteriormente, o caso serviu de base para elaboração do Verbete Vinculante nº 33²⁷, da Súmula do Supremo Tribunal Federal, o que foi de suma importância para garantir o direito dos servidores públicos nesta situação, pois até hoje a norma infraconstitucional correspondente não foi elaborada.

Com base no exposto neste capítulo, observa-se que, no tocante ao Mandado de Injunção, o STF foi modificando sua jurisprudência de modo a trazer, efetivamente, a realização constitucional, assegurando os direitos e garantias fundamentais previstos na Lei Maior.

Para tanto, como se nota no último julgado exposto, a Corte superou com sucesso as principais barreiras que impediam a eficácia do instituto, quais sejam, a ausência de lei específica para discipliná-lo e os entendimentos que limitavam o real desejo da ação (e da Constituição Federal, em decorrência), qual seja, garantir o exercício de direito fundamental previsto em norma constitucional de eficácia limitada sem a devida regulamentação infraconstitucional.

²⁶ Idem. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.

²⁷ Idem. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 33*: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1941>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

O único ponto em que é possível perceber que o STF não conseguiu atingir o desejado pela Carta Magna é em relação à efetiva elaboração da norma pelo Poder omissor, ou seja, conseguir coagi-lo a isso, pois, em muitos casos, assim como no último julgado explicado, a norma faltante não foi elaborada pelo Poder omissor.

3. A LEI Nº 13.300/16²⁸ EFETIVAMENTE REPRESENTOU UM AVANÇO NO COMBATE ÀS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS OU CARACTERIZA UMA POSITIVAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE?

O Mandado de Injunção é uma ação que tem o escopo de combater as omissões legislativas inconstitucionais e, por mais irônico que isso possa parecer, o Mandado de Injunção foi vítima exatamente do que tentou evitar. A Lei nº 13.300/16²⁹ só foi editada em 23 de junho de 2016, ou seja, mais de 27 anos depois de a Constituição tê-la previsto em seu art. 5º, LXXI, da CRFB/88³⁰, de 5 de outubro de 1988. Tendo em vista a edição de Lei específica para disciplinar o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo (Lei nº 13.300/16³¹), cabe analisar seus dispositivos.

A Lei nº 13.300/16³² é um diploma legal pequeno, o qual contém apenas 15 artigos, que versam, em linhas gerais, sobre as hipóteses de cabimento do Mandado de Injunção, o objeto da demanda, os legitimados ativo e passivo para propositura da ação, normas procedimentais, prazos especiais e efeitos da decisão, entre outros assuntos.

Por oportuno, esclarece-se que o primeiro artigo da Lei nº 13.300/16³³ encerra uma antiga dúvida existente na comunidade jurídica, a saber, o cabimento ou não do Mandado de Injunção coletivo. A dúvida existia porque a Constituição Federal, no art. 5º, LXX, da CRFB/88³⁴, de 5 de outubro de 1988, prevê expressamente o Mandado de Segurança coletivo, não fazendo o mesmo em relação ao Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI, da CRFB/88³⁵, de 5 de outubro de 1988).

²⁸ Idem, op. cit., nota 14.

²⁹ Ibid.

³⁰ Idem, op. cit., nota 2.

³¹ Idem, op. cit., nota 14.

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Idem, op. cit., nota 2.

³⁵ Ibid.

Diante disso, no entanto, sempre prevaleceu na jurisprudência do STF que, por aplicação analógica do art. 5º, LXX, da CRFB/88³⁶, de 5 de outubro de 1988, o Mandado de Injunção coletivo era admitido, conforme se observa, por exemplo, no Mandado de Injunção 1909³⁷. Hoje, essa posição jurisprudencial foi positivada no art. 1º, da Lei nº 13.300/16³⁸, de 23 de junho de 2016: “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”.

Feita tal observação, para os fins do presente trabalho, importa concentrar a análise a respeito da Lei nº 13.300/16³⁹ na parte que trata sobre os efeitos da decisão proferida no Mandado de Injunção, pois esse é o ponto central para se saber se a edição da mencionada lei de fato representou um avanço no combate às omissões legislativas inconstitucionais.

Nessa linha de raciocínio, em primeiro lugar, cabe examinar o art. 8º, da Lei nº 13.300/16⁴⁰, de 23 de junho de 2016:

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.

Da redação do inciso I do dispositivo acima reproduzido⁴¹ depreende-se que o legislador adotou, como regra, a corrente concretista indireta, já utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, segundo exposto no capítulo 2 deste trabalho. Tal corrente preconiza que, caso o Mandado de Injunção seja julgado procedente, a decisão conteria uma oportunidade para o Poder omissor sanar a omissão, elaborando a norma faltante no prazo estabelecido. Esta decisão também já estabeleceria as condições em que o direito será exercido caso descumprido o prazo pelo Poder omissor (art. 8º, II, da Lei nº 13.300/16⁴², de 23 de junho de 2016).

³⁶ Ibid.

³⁷ Idem. Supremo Tribunal Federal. *M I nº 1909*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+1909%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+1909%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bvqx7y9>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

³⁸ Idem, op. cit., nota 14.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

Há, no entanto, uma exceção à regra no art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 13.300/16⁴³, de 23 de junho de 2016. Esse artigo prevê que, caso o prazo previsto no art. 8º, I, da Lei nº 13.300/16⁴⁴, de 23 de junho de 2016, já tenha sido determinado para a edição da mesma norma e descumprido em Mandado de Injunção anterior, ele não será novamente estabelecido em outro Mandado de Injunção, cuja decisão vai conter, de forma direta (independente de qualquer prazo), o estabelecido no art. 8º, II, da Lei nº 13.300/16⁴⁵, de 23 de junho de 2016.

Em outras palavras, o art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 13.300/16⁴⁶, de 23 de junho de 2016 positiva a corrente concretista direta, também já adotada pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com o apresentado no capítulo 2 deste trabalho.

Quanto aos efeitos subjetivos da decisão, o cenário de positividade da jurisprudência do STF permanece, consoante arts. 9º e 13 da Lei nº 13.300/16⁴⁷, de 23 de junho de 2016:

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.

(...)

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.

A regra no Mandado de Injunção, tanto no individual, quanto no coletivo, é de que a eficácia subjetiva da decisão se limite às partes daquele processo (arts. 9º, *caput*, e 13, *caput*, da Lei nº 13.300/16⁴⁸, de 23 de junho de 2016), aplicando a corrente concretista individual.

De acordo com os arts. 9º, parágrafo 1º, e 13, *caput*, da Lei nº 13.300/16⁴⁹, de 23 de junho de 2016, contudo, há a possibilidade de se aplicar a corrente concretista geral, ou seja, conferir efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* à decisão no Mandado de Injunção, no caso em

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

que isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

CONCLUSÃO

A CRFB/88 foi promulgada com o intuito de ser concretizada, realizada. Por isso, é conhecida como a Constituição da redemocratização. No entanto, assim como as Constituições brasileiras anteriores, a CRFB/88 possui normas de eficácia limitada, que são as que necessitam de lei infraconstitucional que as regulamentem para que possam produzir seus efeitos jurídicos máximos. Como muitas delas permanecem sem a devida regulamentação até hoje, observa-se que permanece no país a síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada.

Com o intuito de evitar as omissões legislativas inconstitucionais que decorrem das normas de eficácia limitada sem regulamentação infraconstitucional, uma das ações criadas pela Constituição é o Mandado de Injunção. Trata-se de um remédio constitucional destinado a impedir que a não edição de Lei regulamentando norma de eficácia limitada constitucional que prevê direitos fundamentais impossibilite o exercício desses direitos pelos indivíduos, conforme o art. 5º, LXXI, da CRFB/88, de 5 de outubro de 1988.

O Mandado de Injunção, no entanto, não tinha lei infraconstitucional específica que o disciplinasse até a edição da Lei nº 13.300/16. Neste contexto, ao Mandado de Injunção era aplicada, analogicamente, a Lei nº 12.016/09, que trata do Mandado de Segurança, por força do art. 24, parágrafo único, da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, e a jurisprudência do STF definiu a amplitude dos seus efeitos práticos.

Como demonstrado no desenvolvimento deste artigo, em um primeiro momento, o STF adotou a denominada posição não concretista geral. Ao proferir uma Decisão em Mandado de Injunção, a Corte se limitava a reconhecer a inércia do Poder Legislativo, declarando sua mora, e estabelecia prazo para a edição da lei faltante. Mas esta forma de decidir carecia de eficácia prática e, por isso, foi totalmente superada.

Assim, desde 2007, o STF passou a adotar a chamada posição concretista geral em suas decisões, a qual se reparte em posição concretista geral direta ou indireta e em posição concretista geral individual ou geral. Com a adoção da posição concretista, a Corte demonstrou maior eficácia no combate à síndrome da inefetividade das normas

constitucionais de eficácia limitada, tomando medidas que assegurassem os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição e de fato contribuindo para a realização constitucional.

Mais recentemente, foi editada a Lei nº 13.300/16, com o intuito específico de disciplinar o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo. Todavia, como é possível observar fazendo um cotejo, principalmente, do conteúdo dos Capítulos 2 e 3 deste artigo, a referida lei representou pouca evolução prática em relação ao problema das omissões legislativas inconstitucionais.

Em relação aos efeitos práticos do Mandado de Injunção, aspecto essencial para se avaliar se houve ou não evolução no combate às omissões legislativas inconstitucionais com a Lei nº 13.300/16, nota-se que os arts. 8º, 9º e 13, da Lei n. 13.300/16, de 23 de junho de 2016, limitaram-se a positivar o que a jurisprudência do STF já havia consolidado, ou seja, a aplicação da posição concretista geral nas decisões, incluindo suas subdivisões (direta ou indireta e individual ou coletiva).

Sendo assim, observa-se que a edição da Lei nº 13.300/16, tratando precisamente do Mandado de Injunção, já representa um avanço por si só, sanando de vez algumas dúvidas quanto à aplicação do instituto e conferindo maior legitimidade ao que já vinha sendo aplicado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, sob o ponto de vista prático, verifica-se que a mera positivação da posição jurisprudencial do STF não demonstrou efetiva evolução no combate à síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada. Em última análise, com a edição da Lei nº 13.300/16, o legislador perdeu a chance de realmente contribuir para uma maior concretização constitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 13.300*, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

_____. *Lei nº 8.038*, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

_____. *Lei nº 12.016*, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

_____. *Lei nº 12.506*, de 11 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12506.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI n. 1909*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+1909%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+1909%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bvqx7y9>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI n. 721*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KjOkrvVgnEAJ:www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp%3Fid%3D2926415%26tipoApp%3DRTF+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI n. 95*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+95%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+95%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6czc97>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 33*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1941>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

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

PIOVESAN, Flavia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.