

O MANDADO DE INJUNÇÃO DIANTE DA INÉRCIA LEGISLATIVA E AS DECISÕES QUE REMETEM AO ATIVISMO JUDICIAL

Prof. Me Vagner Bertoli¹

Adriana Aparecida Campanholi Piva²

Antonio da Silva de Oliveira³

Resumo

O Mandado de Injunção tem previsão legal no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988, com processo e julgamento definidos pela Lei nº 13.300/2016, tendo por finalidade suprir a falta de norma regulamentadora que torna inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Nos casos em conflito, há a necessidade de provocação do Poder Judiciário, por quem alega ter o direito, quando o órgão competente para legislar encontra-se omissa. Diante dessas perspectivas, revela-se o “Ativismo Judicial”, sendo uma participação ativa e extensa do Poder Judiciário, para garantir a aplicação efetiva do direito constitucional buscado, em face das omissões legislativas, dentro dos limites de controle fixados na Carta Maior.

PALAVRAS-CHAVES: Mandado de Injunção; Norma Regulamentadora; Constituição Federal; Ativismo Judicial.

Abstract

The Injunction Order has legal provision in article 5, item LXXI, of the Federal Constitution of 1988, with process and judgment defined by law 13.300/2016, with the purpose of remedying the lack of a regulatory standards that makes it impossible to exercise constitutional rights and freedoms and the inherent prerogatives of nationality, sovereignty and citizenship. In cases in conflict, there is a need to provoke the Judiciary, by whom it claims to have the Law, when the competent body to legislate is omitted. In view of these

¹ Advogado, Delegado de Polícia Aposentado, Professor de Direito Constitucional da Faculdade Eduvale de Avaré, Professor da Pós Graduação da Faculdade Oswaldo Cruz, Professor da Academia de Polícia de São Paulo, Mestre em Direito Constitucional, Pós Graduado em “A Produção do Conhecimento na Prática Docente” e Pós Graduado em Ciências Criminais.

² Discente do Curso de Direito da Faculdade Eduvale de Avaré.

³ Discente do Curso de Direito da Faculdade Eduvale de Avaré.

perspectives, "Judicial Activism" is revealed, being an active and intense participation of the Judiciary, to guarantee the effective application of the constitutional law sought, in the face of legislative omissions, within the limits of control set forth in the Major Charter.

KEY WORDS: Injunction Order; Regulatory Standards; Federal Constitution; Judicial Activism.

1- Introdução

O presente trabalho tem por objetivo ampliar o conhecimento sobre a ação constitucional de Mandado de Injunção e da Lei 13.300/2016, que advém para suprir a falta normativa quanto a este, disciplinando seu processo e julgamento.

Atualmente, pode se verificar uma dificuldade dos órgãos institucionais para atender as demandas sociais, restando ao Poder Judiciário dar a última palavra para solucionar conflitos, o que resulta em um posicionamento ativista, evidenciando-se o discutido ativismo judicial e, se, por conta disso, haveria uma intervenção na autonomia dos Poderes.

2 – O Mandado de Injunção como Ação Constitucional

A Constituição Federal de 1988 tem previsão legal do Mandado de Injunção disposto no artigo 5º, inciso LXXI, assim como menciona o artigo 2º da Lei nº 13.300/2016, lei esta que disciplina o processo e julgamento da referida ação constitucional: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial da norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

O que se entende por norma regulamentadora?

José Afonso da Silva leciona que:

“norma regulamentadora é toda medida para tornar efetiva norma constitucional (...), a aplicabilidade da norma fica dependente da elaboração da lei ou de outra providência regulamentadora”. (SILVA, p. 453, 2013)

O Mandado de Injunção é uma ação constitucional, de natureza mandamental, que visa combater a “síndrome da inefetividade” das normas constitucionais, sendo importante instrumento para concretude de direitos fundamentais e de combate a inércia legislativa. [1]

Esta ação constitucional se encontra a disposição daqueles que se julgam titulares dos direitos e prerrogativas constitucionais, mas há obstáculos que impedem o exercício pleno e efetivo por falta de norma regulamentadora. A finalidade precípua do Mandado de Injunção consiste em atribuir imediata aplicabilidade da norma constitucional inerte por ausência de regulamentação. (SILVA, p. 451, 2013)

E ainda, nas palavras de Fonseca (FONSECA, p.81, 2016), para a propositura da ação constitucional de Mandado de Injunção “é necessário que ela atribua ao impetrante um direito subjetivo, claramente delineado, cujo exercício esteja inviabilizado única e exclusivamente por conta da ausência de regulamentação”.

A doutrina identifica quatro posições quanto aos efeitos das decisões do Mandado de Injunção, sendo possível observar tais posicionamentos na Lei nº 13.300/2016:

*** posição não concretista:** a decisão prolatada indica a mora legislativa em regulamentar a norma, apenas formalizando a inércia do órgão responsável pela edição da norma.

Essa posição está superada pelo Superior Tribunal Federal, por se mostrar insuficiente para alcançar os fins desejados.

*** posição concretista individual intermediária:** a decisão sendo procedente, o Judiciário estabelecerá um prazo para que o poder omissor elabore a norma regulamentadora. E se, ao fim do prazo, não houver a regulamentação, será assegurado ao autor os direitos por ele pleiteados.

É possível identificar essa posição quando no artigo 8º da Lei 13.300/2016, menciona que :

“ 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.” (grifo nosso)

*** posição concretista individual direta:** a decisão terá eficácia apenas para o autor da ação do mandado de injunção.

O artigo 9º, caput, da Lei nº 13.300/2016, menciona assim:

“A decisão terá **eficácia subjetiva limitada às partes** e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.” (grifo nosso)

*** posição concretista individual geral:** a decisão do STF produzirá efeito *erga omnes*, suprimindo a omissão legislativa, até que sobrevenha a regulamentação, através de normatividade geral e dentro do caso concreto.

Observa-se o disposto no artigo 9º, § 1º da Lei 13.300/2016:

“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.” (grifo nosso)

Diante do exposto, as decisões estabelecidas na nova lei remetem às posições concretistas para o Mandado de Injunção.

Alguns requisitos devem ser observados para a propositura da ação de Mandado de Injunção:

“ - falta de norma reguladora de uma previsão constitucional (omissão total ou parcial do Poder Público);
- inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania - o mandado de injunção pressupõe a existência de nexo de causalidade entre a omissão normativa do Poder Público e a inviabilidade do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa” (MORAES, 2010, p. 173)

Humberto Theodoro Júnior ressalta que, de acordo com entendimento jurisprudencial, não caberia Mandado de Injunção quando:

“- a omissão legislativa não se refira diretamente ao exercício de direitos constitucionais fundamentais, não servindo, v.g., para substituir regulamentação contida em medida provisória rejeitada;
- a discussão se trave em torno de constitucionalidade, ilegalidade ou descumprimento de norma em vigor, visto que inexistiria o pressuposto da falta de regulamentação;
- ocorra a arguição de desrespeito à regra constitucional autoaplicável, também por inocorrência de frustração atribuível à ausência de regulamentação;
- a Constituição tenha simplesmente facultado ao legislador a outorga de certo direito, sem, entretanto, ordená-lo;
- a norma regulamentadora seja defeituosa.” (THEODORO JÚNIOR, II, p. 711, 2016)

3 – Mandado de Injunção, Mandado de Segurança e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Uma grande incoerência do ordenamento jurídico brasileiro, o Mandado de Injunção se deparava com o problema da inércia legislativa até a edição da Lei nº 13.300/2016, que finalmente regulamentou o procedimento de processo e julgamento desta ação constitucional, que antes se servia de forma análoga do procedimento do Mandado de Segurança, sendo estas duas ações distintas. Com a nova lei, o Código de Processo Civil e a lei do Mandado de Segurança serão aplicados de forma subsidiária (artigo 14, lei nº 13.300/2016).

A aplicação de forma subsidiária do Mandado de Segurança ao Mandado de Injunção consiste no fato de ambos apresentarem semelhanças, como “a cognição sumária e a comprovação exclusivamente documental das alegações fáticas”. (FONSECA, p. 115, 2016)

Pertinente salientar a diferenciação entre ambas:

- Mandado de Injunção: Não há uma amplitude quanto ao objeto, restringindo-se à tutelar os direitos e liberdades constitucionais e às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando a falta de regulamentação infraconstitucional obsta o seu exercício regular. Visa amparar direitos constitucionais não incluídos no ordenamento jurídico. (THEODORO JÚNIOR, II, p. 709, 2016)

- Mandado de Segurança: Conforme o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal/1988: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”

Assim, nas palavras de José Afonso da Silva, o Mandado de Segurança é:

“um remédio constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. (SILVA, 2013, p. 450)

Outra importante distinção a ser feita, é quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão em relação ao Mandado de Injunção. Trata-se de instrumentos diferentes, enquanto esta se destina à defesa de direitos subjetivos, sendo uma ação constitucional de garantia individual, aquela tem a finalidade de tornar efetiva a norma constitucional, comunicando a omissão, na defesa objetiva, sendo ação constitucional de garantia da Constituição. (*apud*. LENZA, 2015, p. 1252)

4 – Analisando a Lei nº 13.300/2016

Como já mencionado, a Lei nº 13.300/2016 vem suprir a falta de norma regulamentadora do Mandado de Injunção, disciplinando seu processo e julgamento, podendo ser observado o seguinte:

4.1) Quanto aos legitimados:

São legitimados para impetrar (legitimidade ativa) o Mandado de Injunção as pessoas físicas ou jurídicas que afirmam ser titulares dos direitos, das liberdades e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (artigo 3º). Visa proteger quaisquer direitos assegurados pela Constituição, sejam individuais ou coletivos, cujo exercício se torne inviável por falta de norma regulamentadora. (SILVA, p. 452, 2013)

E como impetrados (legitimidade passiva) o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora. (Artigo 3º). Admitem-se, portanto, do lado passivo, as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição dos atos normativos. (THEODORO JÚNIOR, II, p. 713, 2016)

4.2) Quanto ao deferimento da Injunção:

Observado o artigo 8º, da Lei nº 13.300/2016, reconhecida a mora legislativa e deferida a injunção, se determinará prazo razoável para que o Poder omissor promova a edição da norma regulamentadora, sendo dispensado este se constatado a falta de atendimento a mandado de injunção anterior. E ainda, estabelecer condições em que se dará o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas reclamados, ou condições de promoção de ação própria visando exercê-los.

4.3) Quanto à decisão:

A eficácia e os efeitos da decisão do Mandado de Injunção conforme preceituado no artigo 9º, *caput*, §§ 1º, 2º e 3º:

- a) terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora;
- b) poderá ter eficácia ultra partes ou *erga omnes* quando for inerente ao exercício do objeto da impetração;
- c) os efeitos da decisão poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator;

E, também, de acordo com o artigo 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”

Regulamentada a norma esta produzirá efeitos *ex nunc* (não retroativos) em relação aos beneficiários da decisão transitada em julgado, exceto se a norma for mais benéfica, tendo então, efeitos retroativos favoráveis às decisões anteriores (artigo 11).

No caso de Mandado de Injunção coletivo, poderá promovê-lo: o Ministério Público, o partido político com representação no Congresso Nacional, a organização sindical, entidades de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, e a Defensoria Pública (artigo 12). A sentença se limitará às pessoas integrantes da coletividade substituídos pelo impetrante (artigo 13).

A decisão que julgar procedente o Mandado de Injunção possui caráter provisório até que o órgão responsável pela edição da norma regulamentadora omissa promova sua edição. Assim, “a edição de norma regulamentadora definitiva substitui de forma imediata o regime antes instituído pelo Judiciário”. (FONSECA, p. 152, 2016)

5 - O Ativismo Judicial nas decisões

O artigo 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988, dispõe sobre a competência precípua do Supremo Tribunal Federal como guardião desta, cabendo-lhe processar e julgar, dentre outros, o Mandado de Injunção.

Uma vez provocado, o Poder Judiciário deve apreciar o caso em conflito, buscando através da sentença, a tutela do bem jurídico lesado ou ameaçado.

Considerando o direito fundamental de acesso à Justiça assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Maior, determinando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Segundo lições de Humberto Theodoro Júnior, “por acesso à Justiça se compreende o direito a uma tutela efetiva e justa para todos os interesses particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico”. (THEODORO JÚNIOR, I, p. 74, 2016)

Diante da inconveniente inércia do Poder Público, sobretudo dos órgãos responsáveis pela regulamentação das normas, se instala o ativismo judicial, e de acordo com excelso mestre Luís Roberto Barroso:

“O ativismo judicial expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário”. [2]

Numa atuação ativista, verifica-se uma expansão do Poder Judiciário, que ao interpretar a Constituição tem por objetivo “suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes”. (BARROSO, p. 40, 2014)

Ao agir, o Judiciário realiza direitos fundamentais, dando efetividade às omissões.

Não há de se falar em intervenção na autonomia dos Poderes, pois é evidente a ineficiência do ordenamento jurídico, sendo necessária uma construção argumentativa por juízes e tribunais, para solucionar os problemas.

Segundo Barroso, no Brasil, “o ativismo judicial tem se manifestado de maneira pontual, como forma de atender demandas sociais não satisfeitas pelo processo político majoritário”. (BARROSO, p. 53, 2014)

O ativismo judicial recebe diversas críticas e também apresenta alguns riscos que envolvem a legitimação democrática, a politização da Justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias. [2]

Sobre a atuação do Poder Judiciário, em relação ao ativismo judicial, o ilustre professor Pedro Lenza estabelece que:

“Não se incentiva o Judiciário a funcionar como ‘legislador’ positivo no caso de inexistência de ato normativo a suprir a omissão, mas, havendo a sua falta e sendo a inércia desarrazoada, negligente e desidiosa, dentro dos limites das técnicas de controle das omissões, busca-se a efetivação dos direitos fundamentais”. (LENZA, p. 1258, 2015)

Quanto ao Mandado de Injunção e a atuação ativista do Judiciário, relacionadas às decisões, não pode se falar em intervenção na autonomia dos Poderes, pois, através do julgamento injuncional, se estabelece condições para exercícios de direitos, liberdades e das franquias constitucionais reclamados, não podendo o Judiciário permanecer inerte diante da provocação.

De acordo com Fonseca, “a efetivação das normas constitucionais é dever do Estado e, portanto, de cada um dos Poderes da República”, exercendo “relevante papel o Mandado de Injunção, enquanto meio de controle incidental da inércia ilegítima do Poder Público”. (FONSECA, p. 181-182, 2016)

Durante a cerimônia de sanção da Lei nº 13.300/2016, que regulamentou o processo e julgamento do Mandado de Injunção, o Ministro Teori Zavascki, salientou a importância desse instrumento processual, destacando que:

“A importância da lei agora sancionada está justamente nisso: ela vem trazer disciplina a um domínio sensível das relações institucionais entre dois Poderes do Estado, aquele em que, devidamente autorizado pela Constituição, ao Poder Judiciário cumprirá, de certo modo, substituir-se ao Poder Legislativo, o que ocorrerá em especialíssimas situações e de modo provisório e temporário, e sem forma alguma comprometer ou limitar a funcionalidade da atuação legislativa”. [3]

Nesse contexto e conforme o artigo 9º da Lei 13.300/2016, *caput, in fine*, onde os efeitos da decisão serão produzidos até que advenha norma regulamentadora, define-se a atuação pontual do Judiciário, agindo para promover a concretude e o exercício de direitos.

Diante de inúmeros questionamentos sobre o ativismo judicial, em importantes lições sobre este, cumpri mencionar, ao fim, as palavras de Luís Roberto Barroso:

“(...) o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução e não do problema.(...) A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo”. [2]

Assim, o ativismo judicial se faz presente para solucionar conflitos instalados por omissão dos órgãos responsáveis pela conservação e promoção dos direitos fundamentais, atuando em favor da democracia.

6 – Considerações finais

O Mandado de Injunção é uma ação constitucional, que tem por objetivo viabilizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, que foram dificultados por ausência de norma regulamentadora.

A doutrina descreve o Mandado de Injunção como instrumento adequado para combater a “síndrome da inefetividade” dos órgãos responsáveis pela elaboração das normas.

Recentemente, a publicação da Lei nº 13.300/2016, que disciplina o procedimento de processo e julgamento do Mandado de Injunção, colocou fim a uma das maiores ironias do

ordenamento jurídico brasileiro, sendo que, a ação constitucional, cabível nos casos de inércia legislativa para o exercício dos direitos, não dispunha de regulamentação adequada, tão aguardada desde a promulgação da Carta Maior em 1988.

O que muito se questiona, são as decisões proferidas pelo Judiciário, como nas ações injuncionais, sobre a intervenção na autonomia dos Poderes.

Diante do exposto, verifica-se uma atuação do Poder Judiciário de forma pontual e específica, destinada a garantir os direitos fundamentais, caracterizando o ativismo judicial. Não há intervenção nos demais Poderes, pois o Judiciário, quando provocado, atua dentro dos limites impostos pela Constituição Federal, apreciando o caso em conflito a fim de evitar lesão ou ameaça a direito.

Ao deferir a ação injuncional, o Poder Judiciário não está atuando como legislador ordinário, mas sim, tornando viável o exercício dos direitos, liberdades e franquias constitucionais, que encontram-se amparados pela Constituição Federal de 1988.

7 - Referências

BRASIL, Constituição Federal, disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm (acesso em 10/10/2016)

_____, Lei nº 13.300/2016, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm (acesso em: 10/10/2016)

[1] LENZA, Pedro - O Mandado de injunção enquanto ação constitucional de natureza mandamental – A consolidação da posição concretista, disponível em:

[www.pedrolenza.blogspot.com.br/2011/05/o-mandado-de-injunção-enquanto-acao.html](http://www.pedrolenza.blogspot.com.br/2011/05/o-mandado-de-injuncao-enquanto-acao.html) (acesso em 12/09/2016)

[2] BARROSO, Luís Roberto - Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, p.17 e 19, disponível em:

<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> (acesso em 11/10/2016)

[3] ZAVASCKI, TEORI, Íntegra do discurso disponível em: <http://jota.info/o-discurso-de-teori-zavascki-no-palacio-planalto-o-pais-esta-enfermo> (acesso em 28/10/2016)

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 37ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2013.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado / Pedro Lenza. - 19 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional / Alexandre de Moraes. – 25. ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

FONSECA, João Francisco N. da. O processo do mandado de injunção / João Francisco N. da Fonseca. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil / Luís Roberto Barros. – 3. reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I / Humberto Theodoro Júnior. 57. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais – vol. II – 50ª ed. rev., atual. e ampl. – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2016.