

Antecipação dos efeitos da tutela em mandado de injunção

André Capelazo Fernandes *

Recentemente, estive na pauta do plenário do Supremo Tribunal Federal o julgamento dos mandados de injunção n. 670 e 712, impetrados pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará, respectivamente. Através das mencionadas ações constitucionais, os impetrantes buscam provimento judicial para que se reconheça a ausência de norma regulamentadora do direito de greve de servidor público^[01], ou seja, para que se declare a mora do Congresso Nacional, bem como para que o exercício de tal direito seja assegurado, tema que sempre ensejou discussões polêmicas.

O julgamento dos mandados de injunção não foi concluído em virtude de pedido de vista formulado pelo Ministro Joaquim Barbosa. A maior parte dos votos já foi proferida, alguns julgando totalmente procedentes os pedidos a fim de que se reconheça a mora legislativa e aplique-se a Lei 7.783/89^[02] às categorias representadas pelos impetrantes, e outros julgando parcialmente procedentes os pedidos^[03].

Ao cabo da sessão, no entanto, o ministro Eros Grau suscitou questão de ordem para que fossem antecipados os efeitos da tutela, o que restou indeferido por maioria de votos.

Embora a matéria concernente à questão do direito de greve assegurado pela Lei Maior ao servidor público seja interessante ao debate, pensamos que a singeleza deste artigo não seria capaz de enfrentar as questões básicas do tema.

Desta forma, teceremos algumas considerações acerca da possibilidade de se antecipar os efeitos da tutela em sede de mandado de injunção.

Seguindo a famosa classificação de José Afonso da Silva, sabemos que existem normas constitucionais de eficácia plena (auto-aplicáveis), normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada. As últimas exigem regulamentação para ser aplicadas plenamente, o que não significa dizer que possam ser contrariadas quando ainda inexistentes as respectivas leis regulamentadoras.

"Constitui um dos problemas fundamentais do direito constitucional moderno o encontrar meios adequados para tornar efetivos, é dizer, fruíveis pelos seus beneficiários, até mesmo aqueles direitos que, por ausência de uma legislação integradora, permanecem inócuos até o advento desta." [04]

Em face disso, positivado no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, o mandado de injunção pode ser conceituado como "o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania" [05].

Desta forma, depreendemos do conceito que o mandado de injunção assemelha-se à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, dela distinguindo-se quanto à legitimidade ativa e aos efeitos da decisão. O mandado de injunção pode ser impetrado por qualquer pessoa que não consiga exercer um direito constitucional em virtude da ausência de norma regulamentadora, sendo certo que os efeitos da decisão são *inter partes*. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, somente pode ser ajuizada pelos legitimados arrolados no art. 103 da Constituição Federal e os efeitos da decisão são *erga omnes*.

A competência originária para julgar o mandado de injunção será do Supremo Tribunal Federal "quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal" [06]. Não podemos deixar de consignar que ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar o recurso ordinário tirado contra decisão denegatória proferida em sede de mandado de injunção pelos tribunais superiores em única instância [07]. Por outro lado, ao Superior Tribunal de Justiça compete originariamente julgar mandado de injunção "quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal" [08].

Diante de ausência de lei disciplinadora do rito do mandado de injunção, a competência dos demais órgãos do Poder Judiciário para julgá-lo depende da aplicação analógica da legislação que regula o mandado de segurança e do Código de Processo Civil, lembrando que o art. 125 da Carta de 1988 resguarda a competência legislativa dos Estados para criar normas relativas à competência dos tribunais de justiça e que o art. 121, §4º, inciso V, também da Constituição Federal, estatui caber recurso das decisões denegatórias dos tribunais regionais eleitorais em sede de mandado de injunção. "De qualquer maneira, as regras de competência serão sempre definidas em função do órgão ou autoridade a que caiba a edição do diploma legal regulamentador (STF, MI n. 176-6-PE, Rel. Min. Marco Aurélio, RT 688/215)."^[09]

Conforme já destacamos, não há lei que discipline o rito do mandado de injunção, sendo necessária, portanto, a adoção do rito previsto para o mandado de segurança, nos termos de consolidado entendimento, do art. 216 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, bem como do parágrafo único do art. 24 da Lei 8.038/90^[10].

Felizmente, podemos notar que a tendência de somente se declarar a omissão inconstitucional está sendo superada. Durante muito tempo, o Poder Judiciário limitou-se a notificar o ente responsável pela edição da norma regulamentadora, postura que restringia a utilidade do instituto. A doutrina, por sua vez, sempre criticou duramente essa solução, pois o impetrante permanecia desamparado. Contudo, a jurisprudência tem evoluído para conferir efeitos concretos à decisão proferida no bojo de mandado de injunção, ou seja, cada vez mais assegura-se a fruição do direito constitucional não regulamentado.

A nosso ver, essa evolução pode ser ampliada através da concessão de medidas antecipatórias em mandado de injunção, pois, afinal, o instituto tem o escopo de assegurar o exercício de um direito previsto no ápice do sistema.

Nada custa repisar que a legislação disciplinadora do mandado de segurança rege o rito do instituto em comento e, nesse sentido, a Lei 1.533/51, em seu art. 7º, inciso II, prescreve ser possível a concessão de medida liminar. No entanto, ao nos depararmos com a previsão de liminar, seja lá onde estiver prevista, não podemos concluir açodadamente tratar-se de medida de natureza acautelatória ou antecipatória. Liminar é qualquer medida concedida *in limine*, ou seja, logo no início do processamento de algumas demandas ou, em alguns casos, após a manifestação da parte contrária^[11].

Sendo assim, é imprescindível aferir se a medida contida na liminar tem natureza acautelatória ou antecipatória. Não podemos perder de vista, para isso, a nítida distinção entre ambas. A medida cautelar resguarda a

utilidade do provimento principal, sem com este confundir-se, ao passo que a medida antecipatória já permite a fruição daquilo que se pleiteia, em caráter satisfativo, porém precário, obviamente.

No caso da medida liminar prevista no art. 7º, inciso II, da Lei 1.533/51, entendemos tratar-se de medida de natureza antecipatória. Nesse ponto, com a devida vênia, ousamos discordar do mestre Hely Lopes Meirelles, segundo o qual "a *medida liminar* é provimento cautelar admitido pela própria lei de mandado de segurança *quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a final* (art. 7º, II)." ^[12]

A despeito da redação do dispositivo sugerir a natureza cautelar, do ponto de vista dos efeitos de tal liminar, filiamo-nos a Humberto Theodoro Júnior, o qual, ao cotejar os provimentos cautelar e antecipatório, leciona que "como havia casos em que não era possível evitar-se o *periculum in mora* senão antecipando-se o exercício, no todo ou em parte, do próprio direito subjetivo material, a tutela de emergência foi sendo ampliada por dois caminhos distintos: a) o da *antecipação de tutela*, por expediente como o das liminares freqüentemente introduzidas pela lei em procedimentos especiais (mandado de segurança, ação popular, ação de inconstitucionalidade, ação de nunciação de obra nova, ações locatícias etc.); b) e pela dilatação do poder geral de cautela, tendente a admitir seu uso não só para fins conservativos, mas também para, excepcionalmente, cumprir a provisória satisfação de pretensões de mérito." ^[13]

Lembrando que o processamento do mandado de injunção vale-se também do Código de Processo Civil, vamos além para defender a viabilidade da concessão de medida antecipatória em qualquer fase, nos termos gerais do art. 273 da lei instrumental, e não somente *in limine*.

Imprescindível consignar, entretanto, que, caso o impetrante pretenda exercer o direito constitucional não regulamentado em face da Fazenda, a concessão de medida antecipatória submete-se ao império da Lei 9.494/97.

Esperamos ter contribuído para o debate, pois não podemos tolerar que, após quase dezenove anos da promulgação da Constituição Federal, existam direitos constitucionais não regulamentados; sendo viável, portanto, a antecipação dos efeitos da tutela em sede de mandado de injunção para amenizar o desamparo estatal.

Bibliografia

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal.
http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=670&CLASSE=MI&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M
http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=712&CLASSE=MI&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M.

Acesso em 19 de abril de 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, argüição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no Direito Brasileiro. Atualizado por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes com a colaboração de Rodrigo Garcia Fonseca. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. II.

Notas

⁰¹ Art. 37, inciso VII, da Constituição Federal.

⁰² Dispõe sobre o direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada.

⁰³ Disponível em:

http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=670&CLASSE=MI&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M
http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=712&CLASSE=MI&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M.

Acesso em 19 de abril de 2007.

⁰⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.241.

⁰⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, argüição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no Direito Brasileiro. Atualizado por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes com a colaboração de Rodrigo Garcia Fonseca. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 251.

⁰⁶ Art. 102, inciso I, alínea 'q', da Constituição Federal.

⁰⁷ Art. 102, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal.

⁰⁸ Art. 105, inciso I, alínea 'h', da Constituição Federal.

⁰⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no Direito Brasileiro. Atualizado por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes com a colaboração de Rodrigo Garcia Fonseca. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.256.

¹⁰ Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

¹¹ Exemplo de concessão de liminar após a manifestação da parte contrária podemos encontrar no art. 2º da Lei 8.437/92.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no Direito Brasileiro. Atualizado por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes com a colaboração de Rodrigo Garcia Fonseca. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.76.

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. II, p. 533/534.

* Advogado em Santos (SP).

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9892>>. Acesso em: 23 mai. 2007.