

LUCAS BOTELHO ALCÂNTARA

**A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AS MATÉRIAS A SEREM
REGULAMENTADAS POR LEI COMPLEMENTAR**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2018

LUCAS BOTELHO ALCÂNTARA

**A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AS MATÉRIAS A SEREM
REGULAMENTADAS POR LEI COMPLEMENTAR**

Projeto de monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho Científico do curso de Direito da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do professor Leonardo Rodrigues de Souza.

ANÁPOLIS – 2018

LUCAS BOTELHO ALCÂNTARA

**A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AS MATÉRIAS A SEREM REGULAMENTADAS
POR LEI COMPLEMENTAR.**

Anápolis, _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo analisar e estudar sobre as matérias na Constituição Federal que precisam ser regulamentadas por Lei Complementar. Uma breve abordagem da Teoria do Ordenamento Jurídico e a hierarquia das leis no Brasil será o enfoque inicial. A Lei Complementar possui grande importância para a instrumentalização das prerrogativas constitucionais, pois tem a capacidade de normatizar direitos fundamentais dos cidadãos, como por exemplo o exercício dos direitos e liberdades de cada indivíduo e as faculdades inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania. A ausência de Lei Complementar para regular as matérias taxativamente expressas na Constituição Federal possibilita a utilização do instrumento do Mandado de Injunção, o qual viabilizará a efetiva aplicabilidade dos preceitos constitucionais. Objetiva com o estudo melhor entender sobre o processo para regulamentação das matérias constitucionais. Para que o mesmo se pautasse do êxito esperado, adotou-se uma metodologia de trabalho na qual foram realizadas consultas em obras existentes e que versam fartamente sobre o assunto abordado.

Palavras-chave: Lei Complementar. Mandado de Injunção. Lei 13.300.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO	04
1.1 Positivismo e naturalismo jurídico.....	04
1.2 Estrutura hierárquica.....	07
CAPÍTULO II – A LEI COMPLEMENTAR NO DIREITO BRASILEIRO	14
2.1 Evolução histórica das leis complementares no ordenamento jurídico brasileiro.....	14
2.2 Mandado de injunção: conceitos, previsão legal e estrutura.....	17
2.3 Ausência da lei complementar e a utilização do mandado de injunção.....	20
CAPÍTULO III – MANDADO DE INJUNÇÃO E LEI COMPLEMENTAR: TRATAMENTO JURÍDICO-DOCTRINÁRIO	22
3.1 Especificidades do Mandado de Injunção na Lei n.º 13.300/2016	22
3.2 Tratamento do STF ao Mandado de Injunção: judicialização das políticas públicas e o princípio da separação de Poderes.....	25
CONCLUSÃO	32
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	33

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como pretensão fazer um estudo sobre a Constituição Federal e as matérias que necessitam de Leis Complementares para serem reguladas.

Mesmo com um texto extenso e detalhado a Constituição não conseguiu abordar certas matérias, permitindo com que leis infraconstitucionais tratassem delas. Em especial, algumas dessas matérias precisam ser necessariamente regulamentadas por Lei Complementar, sendo taxativamente indicadas no texto constitucional.

A Lei Complementar possui essa capacidade por se diferenciar das Leis Ordinárias em dois aspectos: no quórum de aprovação e na matéria tratada. O quórum de aprovação de uma Lei Complementar é o de maioria absoluta, que representa o primeiro número inteiro superior à metade dos membros totais do Congresso Nacional. Em relação à matéria tratada a Constituição exige que em matérias específicas a Lei Complementar deva ser usada para sua regulamentação.

Nem todas as matérias que precisam ser regulamentadas já possuem uma Lei Complementar para tal (a exemplo da norma constante no art. 7º, I, da Constituição Federal), existe então um instrumento processual utilizado para requerer a regulamentação de uma norma da Constituição, quando os Poderes competentes não a fazem, chamado Mandado de Injunção. Ele é usado quando a inexistência da norma regulamentadora torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania. É o caso das chamadas normas de eficácia limitada, que são as espécies de normas que dependem de regulamentação.

Nessa pesquisa será abordada a Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio a partir do conceito de positivismo e de naturalismo jurídico e suas implicações em diferentes épocas. Essa teoria serve como base para a estrutura hierárquica das leis brasileiras, possibilitando a explicação do funcionamento das normas e seus planos, a conceituação da norma fundamental e da pirâmide de Kelsen e a relação de uma norma com outra.

A evolução histórica das leis complementares é outro assunto a ser tratado nessa pesquisa, traçando uma linha do tempo desde o seu surgimento até a Constituição do Brasil de 1988. Em seguida, será apresentado o Mandado de Injunção, demonstrando o seu conceito, previsão e estrutura. Com essa explicação, será retratado a aplicação prática do mandado de injunção na ausência de lei complementar para regulamentar matéria constitucional.

Finalmente será tratado com maior profundidade o Mandado de Injunção, mais especificamente a respeito da edição da Lei nº. 13.300 de 2016, que implementou o procedimento para o processamento e julgamento dos Mandados de Injunção, positivando entendimentos jurisprudenciais, principalmente do STF, e doutrinários. Logo após, a relação entre o Mandado de Injunção e o princípio da separação dos poderes, abordando as posições do STF em relação aos efeitos do instituto.

As Leis Complementares possuem grande importância na regulamentação das lacunas que a Constituição deixou de preencher. Essas lacunas precisam ser preenchidas para que certos direitos possam ser exercidos e para que a Constituição possa ter sua aplicabilidade. Caso não sejam preenchidas haverá um problema de eficácia da norma constitucional que precisa ser resolvido pelo Poder Legislativo ou então através de remédio constitucional, como por exemplo, o Mandado de Injunção.

Entender melhor sobre esse processo através desse trabalho ajudaria principalmente as pessoas afetadas pela não regulamentação de direitos a adquirir

conhecimentos para alcançar seus direitos. O meio acadêmico e outras pesquisas também poderão se aproveitar do objeto de pesquisa, possibilitando um maior número de abordagens sobre o tema, dessa forma resultando em um aprofundamento sobre ele.

CAPÍTULO I – TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Neste capítulo será abordada a Teoria do Ordenamento Jurídico, de Norberto Bobbio, a partir do conceito de positivismo e de naturalismo jurídico e suas implicações em diferentes épocas. Será apresentada a estrutura hierárquica das leis brasileiras, explicando o funcionamento das normas e seus planos, a norma fundamental, a pirâmide de Kelsen e a relação de uma norma com outra.

1.1 Positivismo e naturalismo jurídico

A expressão positivismo jurídico não possui relação com o positivismo em sentido filosófico, apesar de os termos terem possuído certa ligação no passado, pois estudiosos como Platão, Aristóteles, Grócio, abordavam os dois conceitos ao mesmo tempo. A expressão deriva de duas outras, sendo a primeira direito positivo em contraposição a direito natural. O pensamento jurídico ocidental é regido pela distinção entre elas, as quais foram analisadas e discutidas ao longo da história do Direito. (BOBBIO, 1995)

Nas obras de Platão e Aristóteles já se encontrava a distinção conceitual entre direito natural e direito positivo. Aristóteles possuía dois critérios para distinguir os conceitos, o primeiro afirmava que o direito natural possui a mesma eficácia em qualquer lugar, enquanto o direito positivo possui eficácia somente nas comunidades políticas singulares em que é aplicado. O segundo critério está relacionado com o valor moral das ações, no qual o direito natural determina ações que não dependem do juízo que o sujeito tenha sobre elas, não importando o fato de parecerem boas ou más; a bondade seria objetiva (ações que são boas em si mesmas). O direito positivo, no entanto, determina ações que antes de serem reguladas podem ser cumpridas de qualquer forma, porém ao serem reguladas devem seguir o descrito

pela lei. (BOBBIO, 1995)

No direito romano essa dicotomia também era encontrada. O direito natural era conhecido como *jus gentium* (direito das gentes) e o direito positivo como *jus civile* (direito civil), possuindo outros dois critérios de distinção entre direito natural e positivo. O primeiro afirma que o direito natural é universal e imutável, enquanto o direito positivo é particular no tempo e no espaço. O segundo expressa que o direito natural estabelece o que é bom, possuindo um juízo fundado em um critério moral, já o direito positivo o que é útil, baseando-se em um critério econômico ou utilitário. (BOBBIO, 1995)

Outros critérios se estabeleceram durante diferentes épocas. No pensamento moderno, Grócio formulou uma distinção bastante relevante. Ele afirma que o direito natural seria um ditame da justa razão com a finalidade de demonstrar como um ato pode ser torpe ou moralmente necessário de acordo ou não com a natureza racional do homem, e este ato, por sua vez, é vedado ou comandado por Deus como autor da natureza. Tais atos relacionados a uma justa razão são obrigatórios ou ilícitos por si mesmos. O direito positivo ou civil seria para ele uma derivação do poder civil, o qual é de competência do Estado, sendo fundado na vontade declarada de um legislador que cria um conjunto de leis. (BOBBIO, 1995)

O positivismo jurídico tem a pretensão de transformar o estudo do direito em uma ciência com as mesmas características das ciências matemáticas, naturais e sociais. As ciências em geral possuem como característica fundamental a avaloratividade, apresentando uma distinção em juízos de fato e juízos de valor, sendo os últimos excluídos da apreciação do campo científico: para a ciência só importam os fatos. Seria esse o princípio ativo do método científico em busca de uma epistemologia. Essa exclusão baseia-se na diferente natureza de cada juízo: o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, tendo como finalidade principal a de informar, comunicando a outro a constatação encontrada; o juízo de valor, ao contrário, representa uma tomada de posição frente à realidade, tendo como finalidade principal a de influenciar o outro, fazendo com que ele siga determinadas prescrições. (BOBBIO, 1995)

Estes juízos estão ligados às ideias de validade e de valor do direito. A validade de uma norma jurídica está relacionada à sua qualidade e existência na esfera do direito. Afirmar que uma norma jurídica é válida significa dizer que ela faz parte de um ordenamento jurídico real, existindo em uma determinada sociedade. É por essa razão que se torna relevante o estudo da vigência de uma determinada norma no ordenamento jurídico. O valor de uma norma jurídica está relacionado ao direito ideal, o qual é entendido como a síntese de todos os valores fundamentais nos quais o direito como um todo deve se inspirar. É, pois, a essência axiológica da norma. Dessa forma, uma norma é válida ou justa quando se adequar ao direito ideal. (BOBBIO, 1995)

A corrente realista do direito possui em sua doutrina outro aspecto a ser considerado para a construção do conceito de direito. Afirmar ela que é insuficiente a definição do direito baseada no requisito único da validade, sendo necessária também a apreciação da eficácia. Diferente do juspositivismo que visualiza o direito pelo enfoque visual do dever ser, considerado assim o direito como uma realidade normativa, os realistas enfocam no visual do ser, considerando o direito como uma realidade fatural. Para essa corrente a eficácia está relacionada ao comportamento dos juízes, os quais aplicam as normas jurídicas no exercício de suas funções. Dessa forma o direito verdadeiro é somente aquele aplicado pelos juízes. Kantorowicz (1928, p. 679 *apud* BOBBIO, 1995, p. 144) afirma o direito como sendo: “o conjunto das regras da conduta externa, de cuja aplicação o juiz está encarregado”. (BOBBIO, 1995) O juiz é, nesse caso, o operador do direito a quem se incumbe o dever de aplicar a lei em busca da realização de um ideal de justiça, de equidade.

Atualmente o positivismo jurídico é uma teoria em decadência. Ao abordar a ótica das ciências da natureza, limitando o seu campo de observação e análise aos fatos concretos, o positivismo reduziu o significado humano. Como doutrina não satisfaz às exigências sociais de justiça, o Direito não se compõe exclusivamente de normas, diferente da ideia principal dessa corrente as regras jurídicas possuem um significado, um sentido, um valor a realizar. Dessa forma, limitaram e estreitaram a importância e entendimento do Direito como ciência, pois focaram somente no concreto e materializado para elaborar suas pesquisas. (NADER,2014)

1.2 Estrutura hierárquica

O Direito é entendido como uma ordem normativa constituindo-se como um sistema de normas que regulam o comportamento dos homens. Essas normas de conduta são válidas (vigentes) quando possuem uma capacidade vinculativa, de modo que o indivíduo deve se conduzir conforme prescrito nelas. O fundamento de validade de uma norma está relacionado à validade de outra norma. A norma que representa o fundamento de validade é designada como superior, enquanto a outra é a inferior. Para o estabelecimento de normas válidas é necessária uma autoridade competente, a qual possua competência baseada sobre uma norma que a confira poder para fixar normas. A esta norma estarão sujeitos tanto a autoridade dotada de poder legislativo como os indivíduos que devem obediência às normas por ela fixada. (KELSEN, 1998)

O fundamento de validade deve fundar-se em uma norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. A validade de tal norma não seria derivada de uma norma mais elevada, sendo conhecida então como uma norma fundamental (*Grundnorm*). Hans Kelsen, sobre o assunto, afirma o seguinte:

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. (1998, p. 136).

As regras de direito consistem na atribuição de efeitos jurídicos aos fatos da vida, elegendo determinadas categorias de fatos humanos ou naturais e qualificando-os juridicamente, fazendo-os ingressar numa estrutura normativa. Os fatos jurídicos resultantes de uma manifestação de vontade denominam-se atos jurídicos, os quais comportam análise em quatro planos distintos: o da vigência, o da efetividade, o da eficácia e o da legitimidade. Em síntese, pode-se afirmar que um sistema de normas necessita de um fundamento de validade para que possa ter a eficácia de que necessita. É nesse sentido, pois, que caminha o direito.

No plano da vigência, para que a norma disciplinadora do convívio social ingresse no mundo jurídico e nele produza efeitos indispensável é que apresente validade formal, isto é, que possua vigência. Esta significa que norma social preenche os requisitos técnico-formais e imperativamente se impõe aos destinatários. A sua condição não se resume a *vacatio legis*, ou seja, ao decurso de tempo após a publicação, em se tratando de *Jus scriptum* (lei escrita). Assim, não basta a existência da norma emanada de um poder, pois é necessário que satisfaça a determinados pressupostos extrínsecos de validade. Se o processo de formação da lei foi irregular, não tendo havido, por exemplo, tramitação perante o Senado Federal, as normas reguladoras não obterão vigência. (NADER, 2014).

No plano da efetividade a norma jurídica deverá ser observada tanto por seus destinatários quanto pelos aplicadores do Direito. No dizer de Luís Roberto Barroso (2006, p. 82-83), a efetividade “[...] simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”. É intuitivo que as normas são feitas para serem cumpridas, pois desempenham o papel de meio para a consecução de fins que a sociedade almeja. As normas devem alcançar a máxima efetividade; todavia, em razão de fatores diversos, isto não ocorre, daí pode-se falar em níveis de efetividade. Há normas que não chegam a alcançar qualquer grau, enquanto outras perdem o atributo, isto é, durante algum tempo foram observadas e, posteriormente, esquecidas. Ambas as situações configuram a chamada *desuetude*, que significa desuso, ou seja, a lei já não é mais aplicada por não corresponder à realidade em que se insere. Para Hans Kelsen (1998) a validade da norma pressupõe a sua efetividade.

No plano da eficácia tem-se que as normas jurídicas não são geradas por acaso, mas visando a alcançar certos resultados sociais. Como processo de adaptação social que é o Direito se apresenta como fórmula capaz de resolver problemas de convivência e de organização da sociedade. O atributo eficácia significa que a norma jurídica produz, realmente, os efeitos sociais planejados. Para que a eficácia se manifeste, indispensável é que seja observada socialmente. Eficácia pressupõe, destarte, efetividade. A lei que institui um programa nacional de combate a determinado mal e que, posta em execução, não resolve o problema, mostrando-se impotente para o fim a que se destinava, carece de eficácia. A rigor, tal

lei não pode ser considerada Direito, pois este é processo de adaptação social; é instrumento que acolhe a pretensão social e a provê de meios adequados. (NADER, 2014)

No plano de legitimidade, conforme as correntes espiritualistas, além de atender aos pressupostos técnico-formais, as normas necessitam de legitimidade. Via de regra, o ponto de referência na pesquisa da legitimidade é o exame da fonte de onde emana a norma. Se aquela é legítima esta também o será. Fonte legítima seria a constituída pelos representantes escolhidos pelo povo ou então por este próprio, no exercício da chamada democracia direta. Conforme a tendência do *homo juridicus*, outra fonte poderá ser apontada como instância legitimadora. Se ele for também um *homo religiosus* haverá de reconhecer na vontade divina a fonte de legitimação das normas jurídicas. Se adepto do pensamento jusnaturalista apontará a natureza humana como a fonte criadora dos princípios que configuram o Direito Natural e devem fornecer a estrutura básica do *Jus Positum*. (NADER, 2014) O ministro do Supremo Tribunal Federal/STF Luís Roberto Barroso afirma o seguinte sobre as normas jurídicas:

Uma norma jurídica pode ser perfeita (plano de existência, com a presença de todos os elementos constitutivos), válida e eficaz, quando concluído o seu ciclo de formação, encontra-se plenamente ajustada às regras legais superiores e está disponível para a deflagração dos efeitos que lhe são típicos. (2006, p. 81)

As normas jurídicas possuem diferentes classificações propostas por diversos autores. Classificar implica uma arte que deve ser desenvolvida com espírito prático, pois a sua validade se revela à medida que traduz uma utilidade teórica ou prática. As classificações por sua clareza e objetividade, fornecem ao jurista um conjunto terminológico e conceitual útil ao discurso jurídico. Uma dessas classificações é baseada no critério da hierarquia:

Sob este aspecto, dividem-se em: constitucionais, complementares, ordinárias, regulamentares e individualizadas. As normas guardam entre si uma hierarquia, uma ordem de subordinação entre as diversas categorias. No primeiro plano alinham-se as normas *constitucionais* – originais na Carta Magna ou decorrentes de emendas – que condicionam a validade de todas as outras normas e têm o poder de revogá-las. Assim, qualquer norma jurídica de categoria diversa, anterior ou posterior à constitucional, não terá validade caso contrarie as disposições desta. Na ordem jurídica

brasileira há normas que se localizam em leis complementares à Constituição e se situam, hierarquicamente, entre as constitucionais e as ordinárias. A aprovação das normas *complementares* se dá, conforme o art. 69 da Lei Maior, por maioria absoluta. Em plano inferior estão as normas *ordinárias*, que se localizam nas leis, medidas provisórias, leis delegadas. Seguem-se as normas *regulamentares*, contidas nos decretos, e as *individualizadas*, denominação e espécie sugeridas por Merkel para a grande variedade dos negócios jurídicos: testamentos, sentenças judiciais, contratos etc. (NADER, 2014, p. 106)

A pirâmide de Kelsen demonstra o ordenamento hierárquico das normas; em seu ápice se encontra a norma hipotética abstrata fundamental, a qual se trata da norma de valoração de uma sociedade que será a diretriz de todas as demais leis elaboradas. A norma no topo é emanada pelo Poder Constituinte Originário, gerando uma Constituição, lei maior de um país que, via de regra, dita diretrizes, normas de eficácia contida, limitada e plena. A hierarquia das leis no Brasil respeita o seguinte sistema de escalonamento de norma jurídica: Constituição Federal (Emendas Constitucionais e Tratados Internacionais de Direitos Humanos votados como EC); Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH); atos normativos primários e atos normativos secundários. (KELSEN, 1998) Essa é a orientação contida, também, no texto do artigo 59 da Constituição Federal.

No Brasil rege o princípio da constitucionalidade das leis, no qual todas as normas infraconstitucionais devem obedecer às leis ditadas pela Constituição. A norma maior além de estabelecer normas vinculantes, fornece também diretrizes, preceitos jurídicos e, nas mais das vezes, o modo pelo qual o governo do Estado funcionará, devido ao seu caráter hierárquico, possui a capacidade de condicionar a confecção de outras normas aos seus ditames. Assim, se uma norma não for constitucional, poderá ser objeto de uma ação declaratória de inconstitucionalidade, de competência de julgamento do STF. Luiz Fabião Guasque ensina o seguinte sobre o assunto: “O sistema de inconstitucionalidade das leis visa a assegurar a ordem jurídica estabelecida com a Constituição, que fixa o lugar da instância jurídica como forma de estabilizar e assegurar o poder do Estado”. (1997, p. 110)

O Brasil, por se tratar de um Estado federativo, união de estados-membros, em sua Constituição confere aos Estados o poder constituinte derivado. Dessa forma cada Estado possui a sua respectiva Constituição, todas em

conformidade com a Carta Magna. Esta, por exemplo, estabelece competências para cada estado legislar, e também confere ao município tal poder, sendo este também um ente federado. Assim, não há que se falar que uma lei municipal é menos importante que a federal, contanto que aquela obedeça às disposições desta. O mesmo fenômeno se verifica com as leis estaduais em relação às demais. Logo, vê-se a supremacia da Constituição. Não se trata de importância, necessariamente, mas sim de hierarquia. (REALE, 2012)

As Emendas Constitucionais estão no mesmo patamar da Carta Magna. Elas são a forma que o poder constituinte originário determinou para a alteração da Constituição, sendo as necessidades constitucionais que surgem com o passar do tempo, haja vista que a sociedade é dinâmica; apesar de a Constituição ter um caráter rígido, urge mudanças ou acréscimos em seu corpo, que só a própria Constituição Federal/CF pode regradar. Exemplo disto foi a Emenda Constitucional/EC nº 45, que teve por intuito trazer celeridade ao judiciário brasileiro, não ferindo destarte nenhum dispositivo constitucional. (HIERARQUIA, 2017)

As Emendas Constitucionais são votadas em dois turnos em cada casa do Congresso Nacional e precisam ter aprovação por três quintos da totalidade de seus membros, conforme art. 60, § 2º, da CF. É o que se denomina de *quórum* qualificado. Dessa forma, por sua capacidade de alteração do texto constitucional, em consequência, ela tem o mesmo nível hierárquico da própria Constituição. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos quando são votados pelo Congresso baseando-se nos mesmos requisitos da EC, também adquirem *status* de norma constitucional. (HIERARQUIA, 2017)

Em contrapartida os TIDH que não são votados como EC possuem *status* infraconstitucional, no entanto, supralegal. O STF no julgamento dos Recursos Extraordinários (RE 349703) e (RE 466343) e do *Habeas Corpus* (HC 87585) possibilitou esse entendimento. Assim, os TIDH que são aprovados em um turno e por maioria simples, não possuem força constitucional, mas se situam hierarquicamente superiores aos demais atos normativos e são inferiores somente às normas constitucionais. (HIERARQUIA, 2017)

Os atos normativos primários são aqueles contidos no artigo 59 da Constituição, possuem essa denominação por retirar seu fundamento de validade jurídica diretamente da Constituição, sem intermediários. São considerados primários: Lei Ordinária, Lei Complementar, Lei Delegada, Medida Provisória, Decreto Legislativo e Resoluções. Apesar dos Decretos Autônomos e das Resoluções dos Tribunais não constarem no rol do artigo 59, eles também são considerados atos normativos primários pela doutrina. Todas essas normas estão no mesmo grau de hierarquia, dessa forma, quando houver conflito entre duas dessas espécies, ele será resolvido a partir das competências legislativas de cada matéria e não por uma norma ser superior a outra. (MOTTA FILHO; SANTOS, 2004)

As Leis Complementares são dispositivos para complementação de leis constitucionais de eficácia contida ou limitada. Há de ter matéria para sua imposição, senão será lei ordinária. Em geral elas tratam de assuntos que devem cobrir as normas permanentes sobre as matérias Orçamentárias, Tributárias e Financeiras. Explicitam a maneira como os Estados devem legislar no seu âmbito de jurisdição, as formas de eleição e outras características mais permanentes e abrangentes aos entes federados que as leis ordinárias. (SOARES, 2007)

As Leis Ordinárias são aquelas cuja competência a própria Constituição conferiu aos entes federados. São também chamadas de leis residuais, pois, se não for de espécie específica nenhuma, ou melhor, se não for exceção à regra da separação dos poderes, é lei ordinária. Assim, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem a autonomia da elaborar as suas próprias leis, contanto que estejam em total consonância com a Carta Magna. Destaca-se que a competência legislativa dos municípios possui natureza residual. Enquanto as Leis Complementares devem ser aprovadas por maioria absoluta de cada Casa do Congresso (metade mais um dos componentes), de acordo com art. 69 da Constituição, exatamente porque exigem nível de representação mais amplo, as Leis Ordinárias só exigem maioria simples (metade mais um dos presentes), desde que haja maioria para votar. No comum da tramitação dos projetos que se tornam leis ordinárias, a verificação dessa maioria só é feita quando o assunto é polêmico. (NEVES, 2015) As matérias de que tratam as leis complementares são de cunho mais específico do que as tratadas pelas leis ordinárias.

As Leis Delegadas, expressas no artigo 68 CF, são de competência do Presidente da República, o qual recebe para tanto a delegação do Congresso Nacional. Para manter o princípio da separação dos poderes, há de o Presidente especificar o conteúdo e os termos do exercício da delegação. Dessa forma, são elaboradas pelo próprio poder Executivo, mediante autorização prévia e específica do Poder Legislativo que fixa os padrões e critérios da futura lei delegada. Essa delegação de poder se dá por meio de uma norma interna com eventual efeito externo, denominada Resolução (SOARES, 2017). As Medidas Provisórias são retratadas pelo art. 62 CF e podem ser descritas como:

A Medida Provisória (MP) é um instrumento com força de lei, adotado pelo presidente da República, em casos de relevância e urgência. Produz efeitos imediatos, mas depende de aprovação do Congresso Nacional para transformação definitiva em lei. Seu prazo de vigência é de sessenta dias, prorrogáveis uma vez por igual período. Se não for aprovada no prazo de 45 dias, contados da sua publicação, a MP tranca a pauta de votações da Casa em que se encontrar (Câmara ou Senado) até que seja votada. Neste caso, a Câmara só pode votar alguns tipos de proposição em sessão extraordinária. (MEDIDA, 2018, *online*)

Os atos normativos secundários são aqueles que não retiram seu fundamento de validade jurídica diretamente da Constituição, mas sim das leis (atos normativos primários). Como exemplos têm-se o Decreto Regulamentar e a Resolução de Agência Reguladora. O sistema de hierarquia de normas e rigidez constitucional resulta em uma maior estabilidade do ordenamento jurídico e em consequência, uma maior segurança jurídica aos cidadãos. Assim, assegurando que seus direitos não serão alterados por um processo legislativo eivado de ilegalidade e vícios. (BOBBIO, 2014)

CAPÍTULO II – A LEI COMPLEMENTAR NO DIREITO BRASILEIRO

Neste capítulo será abordada a evolução histórica das leis complementares, traçando uma linha do tempo desde o seu surgimento até a Constituição do Brasil de 1988. Em seguida, será apresentado o mandado de injunção, demonstrando o seu conceito, previsão e estrutura. Com essa explicação, será retratado a aplicação prática do mandado de injunção na ausência de lei complementar para regulamentar matéria constitucional.

1.1 Evolução histórica das leis complementares no ordenamento jurídico brasileiro

O processo legislativo brasileiro, segundo o artigo 59 da Constituição Federal, abrange a elaboração de leis complementares, as quais passam a ter vigência após um rigoroso processo de aprovação. O seu surgimento está relacionado à criação das Constituições formais, escritas. A Constituição Francesa de 1848, por exemplo, deu o primeiro passo na direção da elaboração dessas leis, por meio da previsão da necessidade de editar leis denominadas orgânicas, as quais visavam a organização e estruturação dos Poderes Públicos. A referida Constituição delimitava que as leis especiais definiriam as matérias a serem reguladas por leis orgânicas, as quais seriam redigidas por uma Assembleia Nacional Constituinte. Apesar de se diferenciarem das demais por serem materialmente qualificadas, essas leis possuíam o mesmo processo legislativo. (BASTOS,1999)

Com a Constituição da França de 1958 as leis orgânicas adquiriram um tratamento especial em relação às leis ordinárias, pois o processo legislativo passou a ser mais rigoroso. Assim, a aprovação dos projetos necessitava da maioria

absoluta de cada Casa Parlamentar. O novo texto constitucional determinou diretamente as matérias que seriam objeto de leis orgânicas, dessa forma se aproximando da compreensão atual de lei complementar. (BASTOS, 1999)

As inovações das Constituições da França influenciaram suas antigas colônias a inserirem em suas próprias constituições a previsão de leis orgânicas. Como exemplos têm-se as constituições de Marrocos de 2 junho de 1961 e do Senegal de 3 de março de 1965. (BASTOS, 1999)

A Constituição de 1978 da Espanha também adotou a elaboração de leis orgânicas para a regulação de matérias previstas no texto constitucional. A Constituição Portuguesa de 1976, por meio da Lei de Revisão nº 1/89 inseriu em seu texto a previsão de leis orgânicas disporem sobre o regime eleitoral dos órgãos de soberania, o regime do referendo, a organização do Tribunal Constitucional e das Forças Armadas. (BASTOS, 1999)

Desde sua origem as leis complementares possuem como traços marcantes a aprovação por *quorum* qualificado e a definição dos assuntos, via de regra, por disposição constitucional. Essas características conferem as leis complementares um *status* formal e diferenciado em comparação às outras espécies normativas do ordenamento jurídico.

O Brasil como todos os outros países, se inspirou na Constituição Francesa de 1848 e introduziu na primeira Constituição Republicana de 1891 “leis orgânicas para a execução completa da Constituição” (art. 34, § 34). Segundo Oliveira (2004, p. 51) “tais leis estavam relacionadas também aos aspectos organizacionais dos entes públicos, com o encargo de dispor sobre sua estrutura e atribuições, daí a origem da expressão”.

A Constituição de 1934 limitou-se a preservar as leis orgânicas anteriormente previstas. A Constituição de 1937 as suprimiu e inseriu as leis constitucionais em seu lugar. Todavia, essa modificação foi feita pelo Presidente da República sem a participação do Congresso, o qual foi dissolvido e permaneceu assim até 1945.

A Constituição de 1946 não fez referência à lei complementar ou à lei orgânica em seu texto original. Porém, em face da instituição do sistema parlamentarista de governo, a Emenda Constitucional nº 04, de 02 de setembro de 1961, em seu art. 22, previa: “poder-se-á complementar a organização do sistema parlamentar do governo ora instituído, mediante leis votadas, nas duas Casas do Congresso Nacional, pela maioria absoluta dos seus membros” (BRASIL, 1961, *online*). Assim, a expressão “complementar” foi empregada pela primeira vez como verbo, não como adjetivo qualificativo da lei. A aprovação por quórum qualificado e a especificidade da matéria tornavam essa lei diferente das demais. Pela primeira vez foram publicadas leis complementares com esta denominação e com numeração específica. Apenas duas leis complementares foram aprovadas, uma vez que o sistema presidencialista de governo foi restabelecido pela Emenda Constitucional nº 6, de 23 de janeiro de 1963.

Com a aprovação da Constituição de 1967 houve a consagração da inovação no ordenamento jurídico com a inserção das leis complementares à Constituição entre as espécies normativas a serem elaboradas pelo processo legislativo, situando-se logo abaixo das emendas à Constituição e acima das leis ordinárias. No dizer de Bastos (1999, p. 37): “resta claro, que foi após à Constituição de 1967 que foi conferido à lei complementar um status especial, o de norma intercalar autônoma – no que diz respeito a sua rigidez – entre a Constituição Federal e as leis ordinárias, além de exigir-lhe quórum especial para votação”.

A Constituição de 1988 finalmente ratificou a espécie normativa das leis complementares no artigo 59, II, prescrevendo as matérias que seriam regulamentadas por lei complementar. Assim, atribuindo maior rigidez em sua criação e alteração, através da aprovação por maioria absoluta nas duas casas Legislativas. José Afonso da Silva afirma o seguinte:

Houve, mesmo, na Assembleia Nacional Constituinte, um exagerado apego e apelo às leis complementares da Constituição. Tudo que não se resolvia no texto constitucional ou nas negociações políticas logo recebia a sugestão de ser deixado para uma lei complementar, de modo que elas pululam no texto da Constituição, não raro desnecessariamente, no mais das vezes sem critério. (2003, p. 232)

2.2 Mandado de injunção: conceitos, previsão legal e estrutura

O mandado de injunção é um instituto previsto no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal de 1988, com o seguinte enunciado: “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” (BRASIL, 1988, online). Ele é o remédio ou ação constitucional utilizado para preencher as lacunas dos preceitos constitucionais deixados em aberto pelos legisladores.

Walber de Moura Agra conceitua o mandado de injunção como:

É o remédio constitucional cabível contra a ausência de eficácia dos postulados constitucionais, normas de eficácia limitada, isto é, contra preceitos constitucionais que ainda não têm eficácia positiva, capacidade para produzir efeitos, porque não foram complementados pelo Poder Legislativo ou pelo órgão administrativo competente. (2018, p. 286)

Esse conceito leva em conta as normas de eficácia limitada que possuem aplicabilidade indireta, mediata e diferida. São entendidas como indiretas pois precisam da edição de uma norma futura para serem reguladas. Dessa forma, não produzem os seus efeitos diretamente pela promulgação da Constituição ou da edição de Emenda Constitucional, dependendo da regulamentação posterior por norma infraconstitucional a qual produzirá sua eficácia. Assim, são qualificadas como normas não autoaplicáveis e subdividem-se em: a) normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de princípios institutivos (ou organizatórios, ou organizativos); b) normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de princípios programáticos (ou apenas normas programáticas). (DUTRA, 2014)

Alexandre Moraes apresenta o seguinte entendimento:

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. (2017, p. 136)

A síndrome de inefetividade é um conceito doutrinário referente às hipóteses nas quais existindo norma constitucional de eficácia limitada a autoridade

ou órgão público responsável por regulamentá-la não o faz. Assim, há uma omissão legal ou administrativa a qual tem por instrumento de combate duas ações previstas na Constituição: a ação direta de inconstitucionalidade e o mandado de injunção. (LEITE, 2009, online)

A ação direta de inconstitucionalidade é de competência, originariamente, do Supremo Tribunal Federal/STF, o qual detêm o poder de processar e julgá-la. O autor da ação solicita ao STF o exame de lei ou ato normativo visando obter a invalidação deles com a finalidade de garantir a segurança das relações jurídicas. A ação direta de inconstitucionalidade se subdivide em: a) ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a Constituição Federal/CF); b) ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III CF) e c) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). (MORAES, 2017)

Os doutrinadores possuem entendimento contrário em relação a origem do mandado de injunção. Alguns afirmam o *writ of injunction* do direito norte-americano ser a origem dele. Esse instituto consiste em remédio de uso frequente, baseando-se na jurisdição de equidade, aplicado sempre quando a norma legal mostrar-se insuficiente ou incompleta para solucionar determinado caso concreto com Justiça. (MORAES, 2017). A outra parte da doutrina afirma que as raízes do mandado de injunção estariam no velho Direito português e iugoslavo. (AGRA, 2018)

Diomar Ackel Filho explica que o mandado de injunção por suas peculiaridades é diferente dos seus congêneres:

Cotejando o direito comparado verifica-se que a *injunction* do Direito anglo-americano constitui remédio típico, instrumento de largo uso, visando sempre impedir uma lesão de direito. No sistema francês, apresenta-se como medida de caráter restrito a certos provimentos judiciais, quer imiscuído de conteúdo mandamental-policial, quer caracterizado como ordens genéricas. Na Alemanha, é remédio contra ilegalidades governamentais que violem direitos constitucionais. Em Portugal, não se cuida de injunção, mas de instituto versante sobre o não cumprimento dos direitos fundamentais por omissão legislativa, ensejando mecanismo para que o órgão competente supra a norma em tese editando-a. (1991, p. 115)

O mandado de injunção pode ser ajuizado por qualquer pessoa cujo exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional esteja sendo

inviabilizado em razão de norma reguladora da Constituição Federal. A Lei nº 13.300/16, expressamente, estabeleceu a legitimidade ativa para as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas, o artigo 12 define o seguinte:

Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:
I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;
II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;
III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;
IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.
Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria. (BRASIL, 2016, online)

O sujeito passivo do mandado de injunção somente poderá se a pessoa estatal, visto que no polo passivo da relação processual só essa estará presente, pois o dever jurídico de emanar normas é imputável a ela. Dessa forma, a natureza jurídico-processual do instituto não permite a formação de litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo, entre particulares e entre estatais. O artigo 3º da Lei nº 13.300/16 apresenta as autoridades que podem figurar no polo passivo: “[...] e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.”. (BRASIL, 2016, online)

O doutrinador Alexandre de Moraes expressa a seguinte observação sobre o assunto:

Ressalte-se que se a omissão for legislativa federal, o mandado de injunção deverá ser ajuizado em face do Congresso Nacional, salvo se a iniciativa da lei for privativa do Presidente da República (CF, 61, § 1º), quando então o mandado de injunção deverá ser ajuizado em face do Presidente da República, nunca do Congresso Nacional. (2017, p. 138)

O procedimento do mandado de injunção é expresso pela Lei nº 13.300/16, a qual disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. A lei estabelece que a petição inicial e os documentos necessários preencham os requisitos estabelecidos pela lei processual. Indicando assim, o órgão impetrado, bem como a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado.

Após o recebimento da petição inicial, o impetrado será notificado para prestar informações em dez dias, e será dada ciência do ajuizamento da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, para que, se entender necessário, ingresse no mandado de injunção. Depois da apresentação das informações, o Ministério Público será ouvido e os autos serão conclusos para decisão.

Ressalta-se, que, mesmo antes da lei, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já havia pacificado a impossibilidade da concessão de medida liminar por ser imprópria ao instituto do mandado de injunção. Regimentalmente, no Superior Tribunal de Justiça, o mandado de injunção terá prioridade sobre os demais atos judiciais, salvo o *habeas corpus*, mandado de segurança e o *habeas data*. (MOARES, 2017)

2.3 Ausência da lei complementar e a utilização do mandado de injunção

A hermenêutica para Hans-Georg Gadamer seria a investigação do fenômeno da compreensão em si mesmo. Ele possui o pensamento de que o homem ao interpretar um fenômeno estabelece desde então uma pré-compreensão difusa sobre ele, previamente antecipando o seu sentido, influenciado pela tradição do seu meio. Dessa forma, a compreensão humana estaria relacionada ao conjunto de experiências a ela transmitidas historicamente. (PEREIRA, 2007)

Tomando por base a hermenêutica como compreensão, a interpretação da lei seria a atividade produtiva por parte do juiz em cada caso concreto, ele deve adequar a especificidade dos fatos com a generalidade da norma em função de uma ponderação por referência ao conjunto do ordenamento jurídico. (PEREIRA, 2007)

A hermenêutica constitucional defendida pelos modernos constitucionalistas afirma que para se interpretar a Constituição é necessário o emprego de princípios. Gomes Canotilho aponta os seguintes princípios como importantes para essa interpretação:

- a) *Princípio da unidade da Constituição* – considerado o mais importante, determina que seja observada a interdependência das diversas normas da ordem constitucional de modo que formem um sistema integrado;
- b) *Princípio do efeito integrador* – determina que na solução dos problemas jurídico-constitucionais seja dada preferência à interpretação que mais favoreça a integração social reforçando a unidade política;
- c) *Princípio da máxima efetividade* – de particular relevância na inteligência das normas consagradoras de direitos fundamentais, determina que se atribua à norma constitucional o sentido que confira maior eficácia, visto não ser admitido ter na Constituição normas que sejam meras exortações morais ou declaração de princípios. (*apud* GUERRA FILHO, 2005, p.77)

CAPÍTULO III - MANDADO DE INJUNÇÃO E LEI COMPLEMENTAR: TRATAMENTO JURÍDICO-DOCTRINÁRIO

No presente capítulo será abordado com maior profundidade o Mandado de Injunção, sendo estruturado em dois tópicos. O primeiro irá tratar a respeito da edição da Lei nº. 13.300 de 2016, que implementou o procedimento para o processamento e julgamento dos Mandados de Injunção, positivando entendimentos jurisprudenciais, principalmente do STF, e doutrinários. O segundo irá tratar sobre a relação entre o Mandado de Injunção e o princípio da separação dos poderes, abordando as posições do STF em relação aos efeitos do instituto.

3.1 Especificidades do Mandado de Injunção na Lei n.º 13.300/2016

A Lei n.º 13.300 foi sancionada em 23 de junho de 2016. Ela disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo no que diz respeito ao controle judicial das omissões normativas do poder público e otimiza o processo constitucional, visando dar efeitos concretos aos direitos previstos na Constituição Federal de 1988. Possui a finalidade de formalizar o procedimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da aplicação do Mandado de Injunção quando da ausência de norma regulamentadora torne inexecutável o exercício dos direitos constitucionais, baseando-se principalmente nos julgamentos nº 670, 708 e 712 desse instituto. Ficou evidenciado pela Corte a necessidade de uma legislação que determinasse melhor a linha entre as funções jurisdicionais e legislativa a respeito do controle de omissões inconstitucionais. (DINIZ, 2017)

O instituto do Mandado de Injunção é disciplinado na Constituição Federal no artigo 5º, inciso LXXI afirmando que “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”. A nova lei

inovou ao acrescentar o cabimento do instituto quando houver falta total ou parcial de norma regulamentadora, isso quer dizer que apesar da existência de regulamentação, se esta for insuficiente poderá ser impetrado Mandado de Injunção (CARVALHO, 2016). Essa novidade está no artigo 2º:

Art. 2º - Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Parágrafo único. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.

O artigo 3º expressa os legitimados para figurar nos polos da ação, confirmando o que já era entendido pela jurisprudência. Os legitimados ativos para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmem como titulares dos direitos, das liberdades ou prerrogativas constitucionais. São legitimados passivos, como impetrados, o Poder, órgão ou autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora. (BRASIL, 2016)

Os artigos 4º ao 8º tratam do procedimento a ser usado para o ajuizamento da ação. A petição inicial deve conter os requisitos estabelecidos no artigo 319 do Código de Processo Civil, deve também indicar além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado. (BRASIL, 2016)

Recebida a petição inicial será ordenado a notificação do impetrado sobre o seu conteúdo, a fim de que, no prazo de 10 dias, preste informações, conforme artigo 5º, inciso I. O órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada deverá ter ciência do ajuizamento da ação para ingressar no feito, caso queira, conforme artigo 5º, inciso II. (BRASIL, 2016)

Os documentos necessários à comprovação do direito do autor podem em algumas situações estarem em poder da autoridade ou de terceiro que se negam a fornecer certidão ou cópia. O juiz, a pedido do impetrante, ordenará a exibição do documento no prazo de 10 dias, conforme artigo 4, §2º. (BRASIL, 2016)

Da decisão que indeferir a petição inicial cabe agravo no prazo de 5 dias. A competência para julgá-lo é do órgão colegiado competente para o julgamento da impetração, nos moldes do parágrafo único do artigo 6º. (BRASIL, 2016)

Após a fase de apresentação de informações será ouvido o Ministério Público, o qual disporá de 10 dias para opinar, de acordo com o artigo 7º. É admitido a dispensa da manifestação ministerial na hipótese do MP verificar a existência de interesse unicamente de cunho individual na demanda, tornando desnecessário a emissão de parecer conclusivo. Os autos serão conclusos em seguida à manifestação do parquet. (BRASIL, 2016)

O magistrado na sentença se pronunciará somente sobre o reconhecimento ou não de mora legislativa. Se decidir pelo atraso concederá a injunção, fixando prazo razoável para que o impetrado promova a edição da regulamentadora, expressado no artigo 5º, I. O magistrado também estabelecerá provisoriamente as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados, dessa forma não terá de aguardar a edição da norma, conforme estabelece artigo 5º, II. (BRASIL, 2016)

Em regra o efeito da decisão será *inter partes*, aplicando-se somente ao impetrante. Mas, dependendo do caso, poderá ser fixado efeito *ultra partes* ou *erga omnes*. Esse já era o entendimento do STF, que agora está positivado no artigo 9º da nova lei. (BRASIL, 2016). O professor Aristócrates Carvalho afirma o seguinte:

A lei 13.330/16 filiou-se à tese da teoria concretista direta, estabelecendo que a decisão terá, em regra, eficácia subjetiva limitada às partes. No entanto, poderá ser conferida eficácia *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. 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.

Os artigos 12 e 13 consolidaram o entendimento já pacificado pelo STF sobre o Mandado de Injunção coletivo, o qual é cabível a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria. Os legitimados ativos para impetrar a ação são: Ministério Público; partido político com representação no Congresso Nacional; entidade de classe, organização sindical ou associação

legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 ano; Defensoria Pública. (BRASIL, 2016)

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 dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva. Dessa forma, o ajuizamento de uma ação individual não será prejudicado por uma ação coletiva que possua as mesmas partes, causa de pedir e pedido. No entanto, para se beneficiar dos efeitos da coisa julgada, o impetrante individual deverá desistir da ação no prazo de 30 dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva, expressado no artigo 13 e seu parágrafo único. (BRASIL, 2016)

Por fim, o artigo 11, afirma que a norma regulamentadora posterior irá produzir efeitos somente *ex nunc* para os beneficiados por decisão com trânsito em julgado, salvo se a norma que foi editada for mais favorável para o interessado. (BRASIL, 2016)

Diniz manifesta o seguinte sobre a edição da Lei 13.300/16:

Apesar de ter trazido pouca inovação se comparada com os últimos precedentes do STF em sede de mandado de injunção, a Lei n. 13.300/2016 tem o fim de assentar, de maneira formal, clara e sistematizada, o que preceitua esse remédio constitucional, não apenas sobre os efeitos de uma possível decisão normativa, mas também com relação aos seus aspectos procedimentais. Além do que, ela avança para a legitimação democrática de decisões normativas do Poder Judiciário, que são constitucionalmente adequadas e essenciais em contextos excepcionais. Por fim, a Lei n. 13.300/2016 tem o fito de sanar uma das maiores omissões do ordenamento jurídico brasileiro, consistente na inexistência de lei sobre o instrumento constitucional de confronto à ausência de norma regulamentadora que impossibilita o exercício de direitos fundamentais. (DINIZ, 2016)

3.2 Tratamento do STF ao Mandado de Injunção: judicialização das políticas públicas e o princípio da separação de Poderes

As origens da separação de poderes remontam a Aristóteles, com a obra “A Política”. Posteriormente, o tema também foi trabalhado por João Locke e, finalmente, por Montesquieu, em sua célebre obra “O espírito das leis”, que trata da Teoria dos Três Poderes. Montesquieu tinha como um dos seus objetivos evitar que

governos absolutistas voltassem ao poder. Por isso, em sua obra, escreveu sobre a importância de se estabelecer a autonomia e os limites de cada poder. (DINIZ, 2013)

Montesquieu distingue em cada Estado três formas de poderes: o poder legislativo, o poder executivo (poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, segundo sua terminologia) e o poder judiciário (poder executivo das coisas que dependem do direito civil). (BONAVIDES, 2000)

Cada um desses poderes possuem funções diferentes, segundo Montesquieu:

Através do poder legislativo fazem-se leis para sempre ou para determinada época, bem como se aperfeiçoam ou ab-rogam as que já se acham feitas. Com o poder executivo, ocupa-se o príncipe ou magistrado (os termos são de Montesquieu) da paz e da guerra, envia e recebe embaixadores, estabelece a segurança e previne as invasões. O terceiro poder — o judiciário — dá ao príncipe ou magistrado a faculdade de punir os crimes ou julgar os dissídios da ordem civil. (BONAVIDES, 2000, p. 138)

Segundo o filósofo referido, a liberdade está presente toda vez que haver um governo em face do qual os cidadãos não abriguem nenhum temor recíproco. Para ele a liberdade política é a expressão do sentimento de segurança, de garantia e de certeza que o ordenamento jurídico proporcione às relações de indivíduo para indivíduo, sob a égide da autoridade governativa. (BONAVIDES, 2000)

Destaca Montesquieu as hipóteses em que a liberdade desaparece ou se extingue por meio da união dos poderes em um só titular:

Se se trata do poder judiciário, duas conseqüências deriva o mesmo pensador da nociva conjugação dos poderes numa só pessoa ou órgão. Ambas as conseqüências importam na destruição da liberdade política. O poder judiciário mais o poder legislativo são iguais ao arbítrio, porque tal soma de poderes faz do juiz legislador, emprestandolhe poder arbitrário sobre a vida e a liberdade dos cidadãos. O poder judiciário ao lado do poder legislativo, em mãos de um titular exclusivo, confere ao juiz a força de um opressor. A opressão se manifesta pela ausência ou privação da liberdade política. (BONAVIDES, 2000, p. 139)

Montesquieu afirmava que a natureza das coisas não permite a imobilidade dos poderes, mas o seu constante movimento. Dessa forma são eles

compelidos a atuar “de concerto”, harmônicos, e as faculdades enunciadas de estatuir e de impedir antecipam já a chamada técnica dos checks and balances, dos pesos e contrapesos, desenvolvida posteriormente por Bolingbroke, na Inglaterra, durante o século XVIII. (BONAVIDES, 2000)

O sistema de freios e contrapesos é entendido como a garantia de que nenhum dos poderes da União (Legislativo, Executivo e Judiciário) se mostre dominante em relação aos outros. Esse sistema permite a cada poder exercer sua própria competência, controlar e fiscalizar e ao mesmo tempo ser controlado e fiscalizado, sem prejudicar o funcionamento dos outros poderes. Assim, há um controle recíproco entre os poderes da União, além de cumprir suas atribuições principais, devem também manter o controle entre si. Dessa forma, exercem suas funções típicas e atípicas. (KLEMERSON, 2013)

O princípio da separação de poderes também esteve presente na obra do filósofo alemão Kant, o qual enalteceu sobretudo o aspecto ético, elevando os poderes à categoria de dignidades, pessoas morais, em relação de coordenação (*potestas coordinatae*), sem sacrifício da vontade geral una. Estabeleceu Kant um silogismo da ordem estatal em que o legislativo se apresenta como a premissa maior, o executivo, a premissa menor e o judiciário, a conclusão. Insistindo na “majestade” dos três poderes, sempre postos numa alta esfera de valoração ética, Kant afirma que o legislativo é irrepreensível, o executivo irresistível e o judiciário inapelável. (BONAVIDES, 2000)

O art. 2º da Constituição Federal dispõe que: “ Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. “ (BRASIL, 1988)

A Constituição, ao determinar que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são poderes da República, independentes e harmônicos, adotou a doutrina constitucional norte-americana do *check and balances* (freios e contrapesos), pois ao mesmo tempo que previu diversas e diferentes funções estatais para cada um dos Poderes, garantindo-lhes prerrogativas para o bom exercício delas, estabeleceu um sistema complexo de freios e contrapesos para harmonizá-los em prol da

sociedade. (MORAES, 2017)

A harmonia entre os poderes verifica-se por meio das normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. Por outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder em sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (SILVA, 2014)

Ao Legislativo cabe a edição de normas gerais e impessoais, estabelece-se um processo para sua formação em que o Executivo tem participação importante, quer pela iniciativa das leis, quer pela sanção e pelo veto. Mas, a iniciativa legislativa do Executivo é contrabalançada pela possibilidade que o Congresso tem de modificar-lhe o projeto por via de emendas e até de rejeitá-lo. Por outro lado, o Presidente da República tem o poder de veto, que pode exercer em relação a projetos de iniciativa dos congressistas como em relação às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa. Em compensação, o Congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto, e, pelo Presidente do Senado, promulgar a lei, se o Presidente da República não o fizer no prazo previsto. (SILVA, 2014)

Alexandre de Moraes afirma o seguinte sobre o apresentado:

Assim, poderá o Poder Legislativo sustar a excoatoriedade de lei delegada editada pelo Chefe do Poder Executivo que exorbite os limites constitucionais (CF, art. 49, V); o Senado Federal processará e julgará o Presidente da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal em crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I e II) e igualmente deverá aprovar por maioria absoluta de seus membros a indicação presidencial para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52, III). Todos esses instrumentos encontram-se previstos no sistema de freios e contrapesos constitucionais, visando impedir o arbítrio estatal. (2017, p. 142)

A Constituição Federal de 1988 previu o Mandado de injunção como remédio para a proteção de direitos e liberdades constitucionais. Assim, a nova interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre os efeitos do Mandado de Injunção

tem a intenção de concretizar esse instrumento, o que somente se podia fazer por meio da assunção de funções políticas pelo Judiciário, na medida que, de maneira indireta, o Poder Judiciário poderá exercer as funções atípicas de legislar até que o legislativo sobre o assunto se manifeste. (MOARES, 2017)

A doutrina e a jurisprudência do STF possibilitam a classificação das diversas posições em relação aos efeitos do Mandado de Injunção em dois grupos: concretista e não concretista. O ministro Néri da Silveira resumi com clareza essas posições:

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*. (Pronunciamento do Ministro Néri da Silveira. Ata da 7ª (sétima) sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, realizada em 16 de março de 1995 e publicada no *Diário da Justiça*, 4 abr. 1995, Seção I, p. 8.265.)

A posição concretista afirma que presente os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário através de 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. Essa posição divide-se em duas espécies: concretista geral e concretista individual, conforme a abrangência de seus efeitos. (MORAES, 2017)

Na espécie concretista geral, a decisão do Poder Judiciário terá efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente. Essa posição sempre foi pouco aceita na doutrina, pois como ressalvado pelo Ministro Moreira Alves, ao proclamar em sede de mandado de injunção, uma decisão com efeitos *erga omnes* estaria “o Supremo, juiz ou tribunal que decidisse a injunção, ocupando a função do Poder Legislativo, o que seria claramente incompatível com o sistema de separação de poderes”. (MOARES, 2017)

Na espécie concretista individual, a decisão do Poder Judiciário só produzirá efeitos para o autor do mandado de injunção, que poderá exercitar plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional. Canotilho concorda afirmando o seguinte:

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. (1993, p. 88)

Essa espécie ainda se subdivide em outras 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. Assim, desde o início os Ministros Carlos Velloso e Marco Auréli entenderam que a constituição criou mecanismos distintos voltados a controlar as omissões inconstitucionais, que são a inconstitucionalidade por omissão, inscrita no art. 103 da CF, e o mandado de injunção, estabelecido pelo inc. LXXI, art. 5º, da mesma Carta.²⁵⁸ Como afirmado pelo Ministro Marco Aurélio: “sob a minha ótica, o mandado de injunção tem, no tocante ao provimento judicial, efeitos concretos, beneficiando apenas a parte envolvida, a impetrante”. (MOARES, 2017)

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. (MORAES, 2017)

A espécie não concretista foi adotada por muito tempo até o julgamento do MI 708 (greve no serviço público) pela jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, que se firmou no sentido de atribuir ao mandado de injunção a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público, “em dar concreção à norma constitucional positivadora do direito postulado, buscando-se, com essa exortação ao legislador, a plena integração normativa do preceito fundamental invocado pelo impetrante do *writ* como fundamento da prerrogativa que lhe foi outorgada pela Carta Política” (Pronunciamento do Ministro Néri da Silveira. Ata da 7ª (sétima) sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, realizada em 16 de março de 1995 e publicada no *Diário da Justiça*, 4 abr. 1995, Seção I, p. 8). Sendo esse o conteúdo possível da decisão injuncional, não há falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam, desde logo, condições viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente prevista, mas, tão somente, deverá ser dado ciência ao poder competente para que edite a norma faltante. Essa corrente é criticada por tornar os efeitos do mandado de injunção idênticos aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), apesar de serem institutos diversos (MORAES, 2017)

CONCLUSÃO

A execução da presente pesquisa fez-se por meio do método de compilação bibliográfica, associando obras doutrinárias, estudos prévios, artigos publicados em revistas eletrônicas, como também a utilização do arcabouço legislativo de diversas normas brasileiras. Foi utilizada essa metodologia para uma ampla abordagem e análise do tema: “A Constituição Federal e as matérias a serem regulamentadas por Lei Complementar”.

Diante do exposto nesse trabalho monográfico, analisou-se a Teoria do Ordenamento Jurídico e a hierarquia das normas brasileiras, utilizando a pirâmide de Kelsen como um parâmetro. Também se abordou as características das Leis Complementares e seu histórico. Ademais, relatou-se sobre o Mandado de Injunção, apresentando seu procedimento e utilização, a edição da Lei 13.300 e a jurisprudência do STF a respeito do instituto.

Findando a análise do presente trabalho, pode-se observar que muito já foi feito para regularizar aquilo que a Constituição deixou em aberto. A edição de novas Leis Complementares é uma constância no Congresso Nacional, tratando-se do principal meio de regulamentação dos preceitos constitucionais. O Judiciário também possui grande participação por meio do julgamento dos Mandados de Injunção e construção de jurisprudenciais para o estabelecimento das leis necessárias e notificação do Executivo, informando esse sobre a urgência da votação das normas. A maior inovação foi a edição da Lei 13.300 de 2016, a qual positivou o procedimento a ser seguido no julgamento dos Mandados de Injunção, dessa forma, as dúvidas acerca do instituto foram sanadas. Assim, a capacidade de atuação do Judiciário foi facilitada, beneficiando aqueles que buscam a efetivação dos seus direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 115.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Lei complementar**: teoria e comentários. 2.ed. rev. e amp. São Paulo. Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

_____. **Lei 13.300/16 do Mandado de Injunção**. Brasília, DF: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. **Lei 13.300/16 do Mandado de Injunção**. Brasília, DF: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

CARVALHO, Aristócrates. **Lei do Mandado de Injunção Esquematizada**. 2016. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/25787576/lei-do-mandado-de-injuncao-esquematizada---2016---30nov16>>. Acesso em 11 nov. 2018.

DINIZ, Advocacia Scotly. **A atual Interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre o efeitos do Mandado de Injunção e o Princípio da Separação de Poderes**. 2017. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/advocacia-diniz5/artigos/a-atual-interpretacao-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-efeitos-do-mandado-de-injuncao-e-o-principio-da-separacao-de-poderes-3552>> . Acesso em 11 nov. 2018.

DUTRA, Luciano. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais**. 2014. Disponível em: <<https://blog.grancursosonline.com.br/eficacia-e-aplicabilidade-das-normas-constitucionais-2/>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

GUASQUE, Luiz Fabião. **Direito Público: temas polêmicos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

HIERARQUIA das Leis no Brasil. **Blog Segurança do Trabalho**. 2017. Disponível em: <<https://www.blogsegurancadotrabalho.com.br/2017/03/hierarquia-das-leis-no-brasil.html>>. Acesso em: 17 mai. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. **Síndrome de Inefetividade das Normas Constitucionais**. 2009. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/3597-sindrome-de-inefetividade-das-normas-constitucionais>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

MEDIDA Provisória. **Câmara dos Deputados**. 2018. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/comunicacao/assessoria-de-imprensa/medida-provisoria>>. Acesso em: 17 mai. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Controle de constitucionalidade**: uma abordagem teórica e jurisprudencial. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEVES, Rafael F. das. **Hierarquia das Leis**. 2015. Disponível em: <<https://rafaneves83.jusbrasil.com.br/artigos/237305942/hierarquia-das-leis>>. Acesso em: 17 mai. 2018.

OLIVEIRA, Maria Alessandra Brasileiro de. **Lei Complementar**: Hierarquia e importância na ordem jurídico-tributária. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOARES, Rosinethe Monteiro. **Hierarquia das Leis**. 2007. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15967-15968-1-PB.pdf>>. Acesso em: 17 mai. 2018.