

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

ANDRÉ LUIS CHARAN

MANDADO DE INJUNÇÃO
Os Efeitos da Decisão, a Separação dos Poderes e o Novo Papel do
Magistrado na Efetivação da Constituição

CURITIBA
2005

ANDRÉ LUIS CHARAN

MANDADO DE INJUNÇÃO

Os Efeitos da Decisão, a Separação dos Poderes e o Novo Papel do Magistrado na Efetivação da Constituição

Monografia apresentada à disciplina de Direito Constitucional como requisito parcial à conclusão do Curso de Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Elizeu de Moraes Corrêa

**CURITIBA
2005**

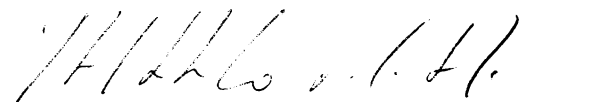
TERMO DE APROVAÇÃO


ANDRÉ LUIS CHARAN

Mandado de Injunção: Os Efeitos da Decisão, a Separação dos Poderes e o Novo
Papel do Magistrado na Efetivação da Constituição

Monografia aprovada como
requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel no Curso de
Graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná, pela seguinte
banca examinadora:

Orientador: 
Professor Elizeu de Moraes Corrêa


Professor Manoel Eduardo Camargo e Gomes


Professor Luiz Marcelo de Barros

Curitiba, 08 de novembro de 2005

RESUMO

O Mandado de Injunção representou uma das grandes inovações da Constituição Federal de 1988. Trata-se de um remédio constitucional que visa à proteção dos direitos subjetivos dos cidadãos face à inconstitucionalidade por omissão do Poder Público. Diz o constituinte: 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. Serve para efetivar todos os direitos já garantidos pela constituição mas dependentes de edição de norma reguladora infraconstitucional para produzirem seus efeitos. A grande polêmica do novo instituto gira em torno dos efeitos da sua decisão. Pode o juiz simplesmente declarar a omissão legislativa e comunicar o órgão competente, como pode também criar a norma faltante em caráter geral e abstrato ou ainda viabilizar o exercício do direito do impetrante tão somente para o caso concreto. O mandado de injunção objetiva à obtenção de uma sentença constitutiva entre as partes, no sentido de que o juiz crie a norma apenas para o caso concreto, viabilizando o direito do impetrante sem invadir a esfera de competência do Poder Legislativo e também não se desviando da típica atividade de prestar a tutela jurisdicional efetiva. Assim garantirá a unidade e a máxima efetividade da Constituição Federal, dentro de um sistema relativo da separação dos poderes, cada um com suas funções típicas e atípicas, e atribuindo aos juízes maiores poderes criativos.

SUMÁRIO

Resumo	iv
Introdução.....	1
I. O Conceito de Constituição.....	3
II. Supremacia da Constituição	4
III. Interpretação Constitucional.....	5
IV. Aplicabilidade das Normas Constitucionais.....	7
4.1. Conceito de Aplicabilidade.....	7
4.2 Histórico das Classificações.....	8
4.3 Classificação das Normas Constitucionais de José Afonso da Silva.....	9
4.3.1. Normas constitucionais de Eficácia Plena.....	9
4.3.2. Normas constitucionais de Eficácia Contida.....	9
4.3.3. Normas constitucionais de Eficácia Limitada.....	10
4.4. Outras Classificações das Normas Constitucionais.....	12
V. Do Controle de Constitucionalidade.....	15
5.1. Introdução.....	15
5.2. Conceito.....	15
5.3. Classificações.....	16
5.4. Inconstitucionalidade por Omissão.....	18
5.5. A Inconstitucionalidade por Omissão e a Constituição de 1988.....	19
VI. O Mandado de Injunção.....	19
6.1. Origem.....	20
6.2. Conceito e Pressupostos Fundamentais.....	22
6.3. Auto-Aplicabilidade.....	23
6.4. Aspectos Processuais.....	24
6.5. Alcance e Efeitos da Decisão.....	25
6.5.1. Das Formas de Provimento Jurisdicional.....	26
6.5.1.1. Sentença Declaratória.....	26
6.5.1.2. Sentença Constitutiva.....	26
6.5.1.3. Sentença Condenatória.....	27

Introdução

O presente trabalho tem o objetivo de estudar o instituto do mandado de injunção, com ênfase nos efeitos da sua decisão e sua relação com os princípios constitucionais da separação dos poderes e da inafastabilidade da efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Para atingir tal objetivo e facilitar a compreensão do tema, necessário explicitar alguns conceitos iniciais. Os primeiros capítulos serão destinados à análise do conceito de constituição, sua posição de supremacia no ordenamento jurídico, as formas de interpretação e a aplicabilidade de suas normas. É que o mandado de injunção possui relação estreita com o tema da aplicabilidade das normas constitucionais. Busca a efetivação de um direito constitucional esculpido em norma constitucional, mas que depende de regulamentação infraconstitucional para produção de seus efeitos. Justamente quando o legislador silenciar diante da produção da norma requerida pelo texto constitucional, caberá o mandado de injunção para suprir tal omissão.

Trata-se do controle de constitucionalidade por omissão, estudado no capítulo específico do controle de constitucionalidade. A constituição é a norma suprema e, portanto, necessário o controle da constitucionalidade das normas de hierarquia inferior. O vício de inconstitucionalidade poderá ocorrer via ação, quando o poder público emite atos que ofendem o texto supremo, ou quando o destinatário estatal silencia diante de uma obrigação constitucional, ou seja, a inconstitucionalidade omissiva.

Firmado o ambiente jurídico no qual o mandado de injunção está imerso, o remédio passará a ser analisado como o objeto central do trabalho. Os capítulos seguintes desenvolverão os temas da origem, positivação no ordenamento constitucional brasileiro, conceito e pressupostos fundamentais, aplicabilidade e aspectos processuais gerais.

Por fim, serão estudados os efeitos da decisão judicial do *writ*, suas relações com diversas formas de provimento jurisdicional existentes e as correntes firmadas pela prática forense e pelos estudiosos do tema. Verificar-se-á que tais correntes possuem íntima afinidade com a separação dos poderes e o papel do poder judiciário na efetiva aplicação e defesa da Constituição Federal.

A necessidade do presente estudo justifica-se na possibilidade da interpretação e efetivação do mandado de injunção para garantir ao cidadão um instrumento de defesa de seu direito subjetivo, extraído da Constituição a sua máxima efetividade.

Por fim, cabe alertar ao leitor que o presente trabalho utilizará uma argumentação estritamente dogmático-jurídica baseada na doutrina constitucionalista nacional, não fazendo incursões históricas, políticas ou filosóficas dos temas desenvolvidos.

L O Conceito de Constituição

O conceito de Constituição pode ser apresentado sob diferentes ângulos. Flávia Piovesan assevera que se trata de expressão plurívoca e que “remete a uma pluralidade de significados, que correspondem às múltiplas perspectivas de análise pelas quais se faz possível compreender o fenômeno constitucional”¹. Pode ser encarado sobre o aspecto histórico, jurídico, sociológico, entre outros mais.

Em suma, a doutrina conceitua a Constituição como ordem jurídica fundamental do Estado que disciplina a forma de Estado, a forma de Governo, a repartição das competências, a separação dos poderes e os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Para José Afonso da Silva:

A Constituição do estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma de Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do Poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua atuação. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.²

O professor Alexandre de Moraes traz o conceito ideal de constituição proposto pelo consagrado constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho:

... este conceito ideal identifica-se fundamentalmente com os postulados políticos-liberais, considerando-os como elementos materiais caracterizadores e distintivos os seguintes: (a) a constituição deve consagrar um sistema de garantias da liberdade (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos actos do poder legislativo através do parlamento); (b) a constituição contém o princípio da divisão de poderes, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estaduais; (c) a constituição deve ser escrita (documentos escrito).³

Não é diferente a lição de Paulo Bonavides, lecionando que “a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da

¹ PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas – Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2 ed. rev., at. E amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 22.

² SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 37-38.

³ CANOTILHO, *apud*, MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 36-37.

competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais”.⁴

Trata-se, portanto, da ordem jurídica fundamental do Estado, marcada pelo caráter aberto do texto. É que a constituição deve buscar uma atualização permanente de suas palavras com os valores sociais, políticos, econômicos e culturais da sociedade e possíveis mudanças. A coletividade é dinâmica e seus valores estão em constante alteração. Assim, não pretende o texto superior regular as matérias de forma exaustiva e completa. É justamente a característica da abertura do texto constitucional que garante sua permeabilidade e adaptabilidade aos novos valores sociais.

Regina Quaresma defende que “esta ausência de regulamentação minuciosa assegura a abertura constitucional tão imprescindível ao desenvolvimento político democrático”.⁵

Sobre o tema, valiosas as palavras de Flávia Piovesan:

A Constituição, ao deixar conscientemente por regular certas tarefa (incompletude material), ao optar por uma técnica legislativa de normas abertas, princípios e cláusulas (estrutura aberta de normas constitucionais) e ao aceitar a mudança ou mutação constitucional como fenômeno inerente à própria historicidade da vida constitucional (abertura ao tempo), converte-se em instrumento democrático, possibilitador de confrontações e decisões políticas.⁶

Canotilho, com muito acerto dispõe que “se a Constituição se destina à regulamentação de relações de vida historicamente cambiantes, ela deve ter um conteúdo temporariamente adequado, isto é, um conteúdo apto a permanecer dentro do tempo e sujeitar-se à constantes alterações”.⁷

II. Supremacia da Constituição

Como a Constituição estrutura as bases jurídicas fundamentais do Estado, ela não poderá ser objeto de constantes alterações e revogações, assim como ocorre com a legislação infraconstitucional, sob pena de uma verdadeira instabilidade e

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 63.

⁵ QUARESMA, Regina. *O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 9.

⁶ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 25.

⁷ CANOTILHO, *apud*, QUARESMA, *Ibid.*, p. 9.

insegurança jurídica na vida social. É que a Constituição, enquanto norma fundamental e suprema, possui um processo de mutação mais rígido do que aqueles aplicados às lei infraconstitucionais. As normas constitucionais “somente poderão suprimir-se ou alterar-se mediante um processo diferente, mais solene e complicado (maioria qualificada, votação repetida em legislaturas sucessivas, ratificação pelos Estados-membros em algumas organizações federativas, conforme a prescrição constitucional etc.)”.⁸

Sobre o tema, Regina Quaresma aclara:

A imutabilidade relativa dos preceitos constitucionais indica, como vimos, que a Lei Suprema é dotada de rigidez formal, ou seja, só é possível modificá-la mediante o respeito ao processo limitativo nela embutido, existindo uma maior dificuldade para a alteração da Constituição do que das demais normas jurídicas de ordenação estatal.⁹

O instituto da Supremacia Constitucional influencia diretamente no caráter aberto do texto, uma vez que os obstáculos enfrentados para modificação da letra da Constituição estimulam o intérprete a realizar um processo hermenêutico adaptativo do texto às mudanças da realidade social, sem necessariamente alterá-lo.

III. Interpretação Constitucional

Interpretar significa explicar, explanar, aclarar o sentido de (palavra, texto, lei, etc.). Uma determinada norma jurídica pode apresentar diferentes interpretações, dependendo do contexto social, político, econômico e cultural em que será aplicada.

Paulo Bonavides afirma que o processo de interpretação é “evidentemente operação lógica, de caráter técnico mediante a qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica, nem sempre clara ou precisa”.¹⁰

Kelsen já defendia a tese de que “o direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o acto que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em sentido possível”.¹¹

⁸ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 65.

⁹ *Op. cit.*, p. 10.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 398.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5 ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, Sucessor, 1979. p. 466-467.

Mais adiante o doutrinador austríaco conclui que “a interpretação de uma lei **não** deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única **correta**, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas **sejam** aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se **torne** Direito positivo no acto do órgão aplicador do Direito”.¹²

Como a Constituição possui carácter geral, abstrato, com uma grande quantidade de normas de conteúdo aberto, a atividade do intérprete assume importância fundamental. A hermenêutica constitucional é responsável pela sua máxima efetividade e pela manutenção do texto atualizado com a dinâmica da sociedade.

O professor Canotilho assim conceitua atividade interpretativa constitucional:

Interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada. Sugerem-se aqui três dimensões importantes da interpretação da constituição: (1) interpretar a constituição significa procurar o direito contido nas normas constitucionais; (2) investigar o direito contido na lei constitucional implica uma actividade – actividade complexa – que se traduz fundamentalmente na <adscrição> de um significado a um enunciado ou disposição linguística ('texto da norma'); (3) o produto do acto de interpretar é o significado atribuído.¹³

O constitucionalista português¹⁴ enuncia um catálogo com seis princípios tópicos da interpretação constitucional, justificando que “a elaboração (indutiva) de um catalogo de tópicos relevantes para interpretação constitucional está relacionada com a necessidade sentida pela doutrina e praxis jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa”.¹⁵ Vejamos cada um deles.

1. *Princípio da unidade da constituição* – a lei maior deve ser interpretada mantendo o seu carácter unitário, globalizado, de maneira a evitar as contradições entre suas normas.

2. *Princípio do efeito integrador* – na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios que favoreçam uma interpretação ampla, mantendo a integração política e social e reforçando a unidade política.

¹² *Op. cit.*, p. 467.

¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1200-1201.

¹⁴ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1223-1226.

¹⁵ *Ibid.*, p. 1223.

3. *Princípio da máxima efetividade* – a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda. Canotilho afirma que este princípio é muito invocado no âmbito dos direitos fundamentais.

4. *Princípio da justeza ou da conformidade funcional* – os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário.

5. *Princípio da concordância prática ou da harmonização* – busca-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”.

6. *Princípio da força normativa da constituição* – “na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental”, possibilitando sua atualização normativa.

IV. Aplicabilidade das Normas Constitucionais

A Constituição esta situada no ápice da pirâmide normativa estatal, portanto, suas normas devem ser efetivamente aplicadas. O tema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais guarda íntima relação com o mandado de injunção, uma vez que o remédio visa à efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos.

4.1 Conceito de Aplicabilidade

O tema da aplicabilidade envolve também os conceitos jurídicos de validade e de eficácia. Para uma norma possuir eficácia ela precisa, anteriormente, ter validade no ordenamento jurídico.

Flávia Piovesan resume:

“... a validade opera no mundo do dever ser, correspondendo ao processo de produção normativa, isto é, norma jurídica validade é aquela que foi produzida em conformidade com os ditames do ordenamento jurídico.

Já a categoria da eficácia está relacionada seja ao enfoque jurídico – eficácia jurídica -, seja ao enfoque social – eficácia social. A eficácia jurídica identifica-se com a capacidade de

produção de efeitos normativos no âmbito jurídico, ou seja, designa a qualidade da norma de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos. (...) o conceito de aplicabilidade identifica-se com o conceito de eficácia jurídica”.¹⁶

Carlos Augusto Alcântara Machado leciona que a “eficácia no sentido técnico-jurídico significa a possibilidade de estar a norma apta para ser aplicada, por reunir todos os elementos e meios necessários para sua operatividade”.¹⁷

Como se vê, a aplicabilidade de uma norma é medida através da potencialidade jurídica que ela possui para produzir seus efeitos concretamente.

4.2 Histórico das Classificações

Desde o surgimento do movimento Constitucionalista, diversas teorias foram desenvolvidas para classificar as normas constitucionais em relação à sua aplicabilidade e efeitos. Não sendo o objeto central deste trabalho, cumpre apenas examiná-las superficialmente.

Os norte-americanos desenvolveram a teoria das normas constitucionais *self executing provisions* e *not self executing provisions*. As primeiras produziriam todos os efeitos desde a entrada em vigor da Constituição, dispensando futura complementação legislativa para produção dos efeitos. Já as normas *not self executing provisions* dependeriam de providências normativas infraconstitucionais posteriores para torná-las aptas de plena aplicabilidade.

A doutrina italiana classificou as normas constitucionais em preceptivas e diretivas com Gaetano Azzaratti e, posteriormente, em normas imediatamente preceptivas, normas de eficácia diferida e normas programáticas, classificação de Vezio Crisafulli. Imediatamente preceptivas são aquelas normas que regulam a relações dos cidadãos de forma direta. As normas de eficácia diferida, para serem efetivadas, necessitam de atos legislativos infraconstitucionais. Por fim, e aqui reside o grande mérito de Crisafulli, reconhece a juridicidade das normas programáticas, até então negada pela doutrina constitucional.

¹⁶ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 60.

¹⁷ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da constituição*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.22.

4.3. Classificação das Normas Constitucionais de José Afonso da Silva

No Brasil, o professor paulista José Afonso da Silva escreveu a monografia *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, considerado um verdadeiro marco teórico nacional a respeito do tema. Flavia Piovesan¹⁸ e Alcântara Machado¹⁹ afirmam que o mestre desenvolveu a teoria do italiano Crizafulli, culminando na sua classificação tricotômica da eficácia das normas constitucionais.

José Afonso firmou as premissas iniciais de que todas as normas constitucionais possuem aplicabilidade, mas algumas possuem maior grau de eficácia jurídica do que outras. Classificou então as normas constitucionais em normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada.

4.3.1. Normas constitucionais de Eficácia Plena

São aquelas que possuem aplicabilidade direta, integral e imediata. Não dependem de atividade legislativa futura para produzirem seus efeitos, em razão do constituinte originário tê-las dotado de completa normatividade, dispensando posterior complementação ou explicitação.

O professor José Afonso considera “aquelas que, desde a entrada em vigor, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”.²⁰

4.3.2. Normas constitucionais de Eficácia Contida

O autor da classificação ensina que nesta categoria de normas constitucionais “o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”.²¹

¹⁸ *Op. cit.*, p. 66.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 29.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 101.

²¹ *Ibid.*, p. 116.

A normas de eficácia contida têm aplicabilidade direta, imediata e, em princípio, integral. Em princípio porque elas poderão ter o alcance restringido através de atividade futura do legislador. São passíveis de regulamentação que limite a sua aplicabilidade, segundo Flávia Piovesan.²² A restrição poderá ser realizada mediante atividade legiferante ou mesmo por termos indeterminados contidos no texto da lei maior, conforme elucida José Afonso:

... as normas constitucionais de eficácia contida podem ter a aplicabilidade restringida seja pela lei, seja por certos conceitos de larga difusão no direito público, tais como ordem pública, segurança nacional, necessidade ou utilidade pública, perigo público iminente, dentre outros, que importam em limitação da eficácia normativa.²³

O artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal²⁴ é um exemplo típico de norma constitucional de eficácia contida. Enquanto não houver lei que restrinja as possibilidades de determinada pessoa em exercer uma atividade profissional, qualquer cidadão poderá exercê-la. Entretanto, a legislação poderá exigir determinados requisitos para o exercício de algumas profissões, restringindo o alcance da norma constitucional. Para exercer a atividade profissional de advogado o Estatuto da Advocacia exige que o cidadão seja bacharel em Direito e também tenha obtido a aprovação na prova de capacitação profissional realizada pela Ordem dos Advogados do Brasil. Assim, as qualificações profissionais para o exercício da advocacia estão contidas no Estatuto da Advocacia, lei que restringe o alcance da norma prevista no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal.

4.3.3. Normas constitucionais de Eficácia Limitada

Estas normas possuem aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, em virtude de só adquirirem plena aplicabilidade “após uma normatividade ulterior que lhes devolva a eficácia”.²⁵

Não produzem todos os efeitos desde o momento em que entram em vigor. Regina Quaresma esclarece que “são normas constitucionais de princípio,

²² *Op. cit.*, p. 67.

²³ SILVA, *Aplicabilidade...*, p. 104.

²⁴ Artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal: “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;”

²⁵ SILVA, *Aplicabilidade...*, p. 82 .

dependem de outras providências normativas para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo Legislador Constituinte”.²⁶

Quanto às normas de eficácia limitada, o professor José Afonso as separa em dois grandes grupos: as normas constitucionais de princípio institutivo e as normas constitucionais de princípio programático.

As normas de princípio institutivo versam sobre a estrutura, organização e criação de entidades ou órgãos da Administração. O legislador traça “esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo mediante lei”.²⁷ O constitucionalista divide esta categoria em normas impositivas e normas facultativas.

As normas impositivas trazem uma obrigação constitucional destinada ao legislador. As facultativas geram mera possibilidade, dependendo do arbítrio do órgão legislativo.

Já as normas de princípio programático geraram muitas discussões durante a história e desenvolvimento da matéria da aplicabilidade e eficácia da Constituição. Durante o constitucionalismo clássico, no período do Estado Liberal, muitos autores negaram a juridicidade de tais normas. Com a passagem para o Estado Social e a respectiva preocupação com a materialização da constituição e redução do formalismo jurídico-constitucional, a doutrina passou a atribuir força jurídica e normativa a essa categoria de normas.

Paulo Bonavides utiliza-se do conceito de normas programáticas do italiano V. Crisafulli:

“Nesta acepção, programáticas se dizem aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como programáticas as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em lente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes”.²⁸

²⁶ *Op. cit.*, p. 27.

²⁷ SILVA, *Aplicabilidade...*, p. 123.

²⁸ CRISAFULLI *apud* BONAVIDES, *op. cit.*, p. 221-222.

Alexandre de Moraes leciona as lições do constitucionalista Jorge Miranda:

são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-gerais, explicitam comandos-valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, máxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados.²⁹

Assim, não possuem eficácia positiva, uma vez que o cidadão não pode invocá-las diretamente e solicitar ao Poder Judiciário sua imediata aplicação. Mas têm efeito negativo, ao impedir que o legislador crie leis ou que o administrador público expeça atos em desacordo às suas prescrições, além de revogar as normas contrárias anteriores.

Para o José Afonso, “se não se tem o direito subjetivo no seu aspecto positivo, como poder de exigir uma prestação fundada numa norma constitucional programática, surge-o, porém em seu aspecto negativo, como possibilidade de exigir que o poder público não pratique atos que as contravenham”.³⁰

Para finalizar o presente tópico, as lições do célebre professor de Coimbra:

Hoje, não há normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que ‘impõe uma atividade’ e ‘dirigem’ materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o que lhes assinalava tradicionalmente a doutrina: ‘simples-programas’, ‘exortações morais’, ‘declarações’, ‘sentenças políticas’, ‘aforismos políticos’, ‘promessas’, ‘apelos ao legislador’, ‘programas futuros’, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição (...) todas as normas são atuais, isto é, têm uma força normativa independente do ato de transformação legislativa.³¹

4.4. Outras Classificações das Normas Constitucionais

Não obstante a importante contribuição do professor José Afonso da Silva aos estudos da aplicabilidade das normas constitucionais, outros juristas brasileiros contribuíram com o tema.

²⁹ MIRANDA *apud* MORAES, *op. cit.*, p. 43.

³⁰ SILVA, *Aplicabilidade...*, p. 128.

³¹ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 132.

Depois de mais de uma década do lançamento da classificação tricotômica do professor de São Paulo, os constitucionalistas Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto apresentaram outra classificação para as normas constitucionais. Entendiam que a classificação anterior “revelava-se insuficiente diante das múltiplas situações que essas normas apresentavam e, assim, partiram para uma nova classificação”.³²

Eles classificaram as normas constitucionais em normas inintegráveis e normas integráveis. Dividiram as primeiras em normas de conteúdo e operatividade reforçáveis e normas de conteúdo e operatividade irreforçáveis, e as segundas em normas restringíveis e normas complementáveis.

Alcântara Machado³³ e Piovesan³⁴ não divergem ao concluir que as normas inintegráveis identificam-se com as normas de eficácia plena e as normas integráveis aproximam-se das normas de eficácia contida e das normas de eficácia limitada.

A jusfilósofa Maria Helena Diniz³⁵ classificou as normas constitucionais levando em consideração a produção dos efeitos e sua intangibilidade, dividindo-as em quatro grupos: normas com eficácia absoluta, eficácia plena, eficácia relativa restringível e eficácia complementável. As primeiras dizem respeito às normas constitucionais intangíveis ou imutáveis, ainda que através de emenda constitucional. Alexandre de Moraes entende que tais normas formam o “*núcleo intangível da Constituição Federal*”. São as denominadas cláusulas pétreas, previstas no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988. Trata-se da forma federativa de Estado, do voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias constitucionais.

Por sua vez, as normas de eficácia plena, eficácia relativa restringível e eficácia completáveis correspondem, respectivamente, às normas de eficácia plena, contida e limitada da classificação já estudada de José Afonso da Silva.

Por fim, o constitucionalista carioca Luís Roberto Barroso divide as normas constitucionais em normas de organização, normas definidoras de direitos e normas programáticas.³⁶ Para ele as “primeiras visam conferir o arcabouço da organização política nacional, quer no que concerne às chamadas ‘decisões políticas

³² MACHADO, *op. cit.*, p. 36.

³³ *Ibid.* p. 36.

³⁴ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 70.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

³⁶ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 97-104.

fundamentais', quer no aspecto da distribuição de competência entre os órgãos públicos, quer ainda no que pertine à criação desses órgãos, bem como normas procedimentais”.

As normas constitucionais definidoras de direitos “têm por objeto fixar os direitos fundamentais dos indivíduos (políticos, individuais e sociais)” e as normas programáticas “têm por missão traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado”, ou seja, não distancia muito dos ensinamentos esboçados por José Afonso da Silva.

Para o presente trabalho, será adotado como critério-base de classificação das normas constitucionais, àquele lecionado por José Afonso da Silva.

Ressalte-se que não são todas as normas constitucionais objetos de efetivação pelo instrumento do mandado de injunção, mas tão somente aquelas que reclamam posterior atividade do legislador ordinário. A omissão legislativa inconstitucional diz respeito apenas às normas constitucionais de eficácia limitada impositivas e as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade. Regina Quaresma muito bem assevera que:

Na expectativa de adaptar o texto constitucional ao mutável clima histórico-político da sociedade, o legislador Constituinte brasileiro deixou um significativo número de normas-programa, espetacularmente dotadas de plena juridicidade, mas ainda sem uma definitiva exeqüibilidade.

Assim, como não argüir: quem fará o legislador legislar? Quem e como se garantirá a eficácia limitada das normas de conteúdo programático? Qual o caminho do intérprete e aplicador da norma constitucional aberta? Como se tornará exeqüível uma determinação legal carente de regulamentação? Quando deixará de ser letra morta?³⁷

Nesse momento, faz-se necessário trazer ao estudo os conceitos do controle de constitucionalidade. É que o tema da omissão do legislador, quando diante da obrigação constitucional de emissão de normas regulamentadoras, diz respeito à inconstitucionalidade na sua modalidade omissiva. Cabe agora buscar os instrumentos constitucionais que viabilizam a aplicação e produção de efeitos de tais normas. O mandado de injunção é um desses instrumentos previstos pelo constituinte originário de 1988.

³⁷ *Op. cit.*, p. 30.

V. Do Controle de Constitucionalidade

5.1. Introdução

O instituto do Controle de Constitucionalidade decorre Supremacia da Constituição dentro do ordenamento jurídico e de sua rigidez, ou seja, em razão dela possuir um processo mais complexo de mudança. Não existiria sentido afirmar que uma determinada constituição é rígida, se ela não possuir um meio efetivo de controle das normas infraconstitucionais quanto à sua constitucionalidade.

A doutrina sustenta que nos Estados onde não exista um controle da constitucionalidade do ordenamento jurídico, a constituição será conseqüentemente flexível. É que nesses Estados o Poder Constituinte acaba pertencendo ao legislador ordinário, que poderia criar normas contrárias ao texto constitucional sem maiores conseqüências, em virtude da ausência de um sistema de controle de constitucionalidade.

Além da estreita relação com a rigidez e supremacia da constituição, o instituto do controle ainda teria uma outra finalidade: a defesa dos direitos fundamentais previstos na Lei Maior. Alexandre de Moraes ressalta:

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.³⁸

5.2. Conceito

O controle de constitucionalidade consiste na apreciação da compatibilidade das normas ao texto da Constituição, mantendo a unidade e harmonia do ordenamento jurídico. Esse controle deve ser realizado no aspecto formal, levando em consideração os requisitos subjetivos e objetivos do processo legislativo que a própria Constituição estabeleceu. Em relação ao aspecto material, cumpre analisar o ajuste do objeto do ato normativo com a Constituição Federal.

³⁸ *Op. cit.*, p. 578.

5.3. Classificações

O controle de constitucionalidade pode ser classificado levando em consideração o momento da entrada de determinada lei ou ato normativo no ordenamento jurídico. Será preventivo quando realizado antes da norma ingressar no sistema e repressivo depois dela já ter ingressado.

A doutrina também classifica o instituto levando em consideração o órgão responsável pelo controle. Nesta ótica, temos o controle político, realizado por um órgão não integrante do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário. O controle judiciário, por sua vez, atribui aos órgãos desse poder a tarefa de controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos. Por último encontra-se ainda o sistema misto, decorrente de uma combinação dos dois anteriores.

O controle político tem como características fundamentais ser exercido por um órgão não integrante do Judiciário, geralmente diverso dos três poderes constituídos, além de se tratar de um controle prévio. É exercido antes mesmo da norma viciada de inconstitucionalidade entrar em vigor e tem base no modelo clássico francês.

O modelo francês prevê um controle de constitucionalidade preventivo a ser realizado pelo Conselho Constitucional, que, no transcurso do processo legislativo, poderá, desde que provocado pelo Governo, ou pelo presidente de qualquer das Casas legislativas, analisar a constitucionalidade de uma proposição ou de uma emenda, antes de sua promulgação, devendo pronunciar-se no prazo de oito dias.³⁹

O controle jurisdicional incumbe aos órgãos do próprio Poder Judiciário a árdua tarefa de proteger e guardar o texto constitucional. Trata-se de um controle repressivo, que visa expelir do ordenamento jurídico as normas eivadas de máculas inconstitucionais. Pode ser dividido em controle difuso, indireto, ou via de exceção e controle concentrado, direto, também conhecido por via de ação.

O controle difuso é realizado de forma incidental nos casos concretos, quando uma das partes levanta a discussão sobre a inconstitucionalidade de determinada norma. Assim, não é o objeto central da ação, mas tão somente um incidente que deve ser resolvido para possibilitar a discussão do mérito da demanda. É um

³⁹ MORAES, *op. cit.*, p. 584.

sistema de controle exercido por todos os juízes e tribunais do país e sua declaração só produzirá efeitos em relação às partes envolvidas no caso concreto.

Historicamente, surgiu nos Estados Unidos com o julgamento do célebre caso *Madison versus Marbury*, no ano de 1803, quando o juiz J. Marshall defendeu a tese de que seria tarefa típica do Poder Judiciário a interpretação e aplicação das leis.

O professor Canotilho explica:

O juiz Marshall, no caso *Madison v. Marbury*, explicou este pensamento da forma que se tornou clássica e que aqui transcrevemos na tradução de Rui Barbosa: <<É, sem dúvida, da competência e dever do Poder Judiciário interpretar a lei. Aqueles que a aplicam aos casos particulares, devem, necessariamente, explaná-la, interpretá-la. Se as duas leis se contrariam, os tribunais devem decidir sobre o seu âmbito de aplicação. Assim, se uma lei estiver em contradição com a Constituição, e se tanto uma como outra forem aplicáveis ao caso, de modo a que o tribunal tenha de decidir de acordo com a lei, desatendendo a Constituição, ou de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, ele terá, inevitavelmente, de escolher dentro os dois processos opostos aquele que regular a matéria. Isto é da essência do dever judicial. Se, portanto, os tribunais devem observar a constituição, e se esta é superior a qualquer lei ordinária do poder legislativo, é a constituição e não a lei ordinária que há-de regular o caso a que ambos dizem respeito>>.⁴⁰

A segunda forma de controle de constitucionalidade judiciário é a concentrada, via de ação. Essa modalidade é exercida através do ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade que terá por objeto principal a inconstitucionalidade de determinada norma jurídica. Trata-se da análise objetiva e abstrata da constitucionalidade de uma norma. Visa a exclusão da norma, em tese inconstitucional, do ordenamento jurídico, e não apenas a resolução de uma questão incidental para determinado caso concreto. Assim, a declaração via de ação produzirá efeitos *erga omnes*, não limitando seus efeitos às partes da demanda.

Posteriormente, em 1920, a Constituição austríaca criou, de forma inédita, um tribunal – Tribunal Constitucional – com exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos, em oposição ao sistema adotado pelos Estados Unidos, pois não se pretendia a resolução dos casos concretos, mas a anulação genérica da lei ou ato normativo incompatível com as normas constitucionais.

(...) O controle exercido pelos Tribunais Constitucionais, longe de configurar um desrespeito à vontade popular emanada por órgãos eleitos, seja no Executivo seja no Legislativo, constitui um delicado sistema de complementariedade entre a Democracia e o Estado de Direito, que para manter-se balanceado, deve possuir claras e precisas regras sobre sua composição, competências e poderes.⁴¹

No Brasil, a Constituição Federal atribuiu a guarda da constituição ao Supremo Tribunal Federal, competente para o julgamento das seguintes espécies de

⁴⁰ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 901.

⁴¹ MORAES, *op. cit.*, p. 582-583.

controle concentrado: Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade, Ação de Inconstitucionalidade por omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. O controle concentrado de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal não exclui a sua competência para o exercício do controle difuso, através do Recurso Extraordinário.

Até agora foi traçado um panorama geral sobre o controle de constitucionalidade, levando em conta a sua origem, as classificações e os sistemas existentes. Viu-se que o ingresso de normas inconstitucionais no sistema jurídico abre ensejo ao controle de constitucionalidade. Entretanto, cabe ressaltar que a inconstitucionalidade pode se configurar através da ação dos poderes públicos, ou seja, via ato comissivo, como também pela omissão. Assim, pode-se encontrar a inconstitucionalidade na forma comissiva, quando determinado órgão expede ato normativo que contraria o texto constitucional, ou na forma omissiva.

5.4. Inconstitucionalidade por Omissão

A inconstitucionalidade por omissão caracteriza-se quando o legislador ordinário deixa de cumprir uma obrigação constitucional de criar determinada lei ou ato normativo para regulamentar uma norma superior e torná-la apta para produção de seus efeitos.

Serão objeto da inconstitucionalidade por omissão aquelas normas constitucionais classificadas em normas de eficácia limitada.

Flávia Piovesan entende como inconstitucionalidade por omissão a “inconstitucionalidade negativa, que resulta da abstenção, inércia ou silêncio do poder político que deixa de praticar determinado ato exigido pela Constituição”.⁴²

Mais adiante a autora transcreve a posição do Supremo Tribunal Federal:

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de determinar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstando-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impõe, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Deste non facere ou non prestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total,

⁴² *Op. cit.*, p. 90.

quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.⁴³

5.5. A Inconstitucionalidade por Omissão e a Constituição de 1988

No que diz respeito à inconstitucionalidade por omissão e as possíveis formas de saná-la, o legislador constituinte de 1988, demonstrando a sua preocupação com a futura efetivação da nova Carta Política, introduziu no ordenamento jurídico-constitucional dois institutos: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no artigo 103, § 2º⁴⁴, e o mandado de injunção, no artigo 5º, inciso LXXI⁴⁵, objeto central da presente monografia.

Firmadas as premissas necessárias para a adequada compreensão do tema, passo agora ao estudo do objeto específico do presente trabalho acadêmico: o Mandado de Injunção.

VI – Mandado de Injunção

O novo instituto foi pensado sob o aspecto subjetivo do controle de constitucionalidade por omissão, exercido pelo próprio cidadão em defesa da sua ordem jurídica. É que o remédio está incluído entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Sobre o instrumento do mandado de injunção, Calmon de Passos leciona:

É um remédio que nossa Carta Magna defere ao cidadão, para defesa de sua esfera jurídica, ao lado de outros já tão nossos conhecidos, como sejam o habeas corpus, o mandado de segurança etc. Assim, a primeira conclusão que retirei é a de que não foi pensado para tutela do direito objetivo, como instrumento de garantia de efetividade da ordem jurídica de um modo imediato, sim como instrumento de tutela do direito subjetivo ...⁴⁶

⁴³ *Op. cit.*, p. 90.

⁴⁴ Art. 103, § 2º, da Constituição Federal: “§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”

⁴⁵ Art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal: “LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”

⁴⁶ PASSOS, J.J. Calmon de. *Mandado de Segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 80.

Em seguida conclui:

Poderia o legislador constituinte limitar-se a deferir o controle da inconstitucionalidade por omissão em termos objetivos. Assim, as situações de direito subjetivo careceriam de remédio adequado, quando insatisfeito o interesse em virtude de ato inconstitucional do Poder Público, por ausência de norma regulamentadora, constitucionalmente prevista ou necessária (inconstitucionalidade por omissão). Decidiu em contrário o constituinte. Previu e disciplinou também um remédio para tutela do direito subjetivo, vulnerado em virtude de ato omissivo inconstitucional de agente do Poder Público. Esse remédio foi o mandado de injunção.⁴⁷

6.1. Origem

Em razão do caráter inédito do instituto na história das constituições brasileiras, a doutrina nacional buscou no direito comparado as possíveis fontes de inspiração do legislador constituinte para o novo remédio.

Parte dos constitucionalistas entende que o mandado de injunção assemelha-se ao *writ of injunction* do direito inglês e norte-americano.⁴⁸

Quaresma explica que a *injunction* do direito inglês era uma decisão de equidade:

... pautada em valores jurídicos embasados em princípios gerais do direito, no costume, nos hábitos, na tradição etc. Num determinado momento, podemos dizer que é a decisão onde o juiz constrói uma norma para a proteção do direito (...) O juiz decide segundo uma rígida pauta de valores sociais, na valoração judicial do caso e nos princípios de justiça material existentes, ou seja, não tem o arbítrio de criar normas próprias.⁴⁹

Tratava-se de uma ordem proibindo que a falta de uma determinada norma regulamentadora inviabilizasse o exercício de certos direitos.

No direito norte-americano a *injunction* “tem um sentido negativo-proibitivo. É uma ordem proibitória, uma ordem de não fazer. Quando o caso é fazer, em sentido positivo, assume a denominação de *mandamus*”.⁵⁰

Carlos Augusto Alcântara Machado⁵¹ buscou similares para embasar a origem do novo remédio constitucional na Itália, França, Alemanha e Portugal. Vejamos:

1. Direito Italiano – o instituto processual do direito italiano tem a finalidade de obter uma decisão condenatória de forma mais simples que a do processo ordinário,

⁴⁷ *Ibid.* 83.

⁴⁸ Neste sentido José Afonso da Silva e Flávia Piovesan.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 34-35.

⁵⁰ *Ibid.* p. 40.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 53-57.

podendo, ainda, ser utilizado como uma forma especial de se exigirem créditos tributárias sem ter de se recorrer a um título executivo.

2. Direito Francês - a injunção constitui-se em ordens dirigidas às partes de uma demanda, podendo incluir advogados, auxiliares da justiça ou outros que perturbarem a realização dos trabalhos jurídicos, sob as penas da lei.

3. Direito Alemão - Segundo o Ministro Moreira Alves, o instrumento tem por objetivo a defesa de particulares contra a violação a seus direitos fundamentais ou assemelhados, desde que esgotadas as instâncias ordinárias, salvo a possibilidade de prejuízo grave ou irreparável. Ressaltou que a corte constitucional alemã vem admitindo o uso contra a omissão inconstitucional do legislativo, ressaltando que a “omissão só poderá ser suprida se, sem atuação do legislador, for possível dar-se eficácia à norma constitucional, se aquele estiver em mora inconstitucional, por não haver atendido o prazo que a Corte Constitucional fixou como razoável para elaboração legislativa da norma”.

4. Direito Português – Machado afirma que o instrumento da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, que na prática, o efeito do reconhecimento de omissões legislativas pelo Tribunal Constitucional é, tão-somente, dar conhecimento da inconstitucionalidade por omissão ao órgão competente. Conclui que o efeito, na prática, será quase idêntico a nossa Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º, Constituição Federal).

Ao final, conclui o membro do Ministério Público de Sergipe com as palavras de Diomar Ackel Filho:

Cotejado o direito comparado verifica-se que a injunção 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 imiscuídos de conteúdo mandamental-policia, quer caracterizadas como ordens genéricas. Na Alemanha é remédio contra ilegalidades governamentais que violem direitos constitucionais. Em Portugal, não se cuida de injunção, mas de diverso 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.⁵²

4

Verifica-se que alguns estudiosos buscaram a origem do writ no direito inglês, outros se direcionaram ao direito português, francês e alemão. Trata-se de um instituto totalmente novo e pensado a partir da realidade e contexto histórico, político, jurídico e brasileiros, sendo tarefa da doutrina brasileira o desenvolvimento

⁵² *Op. cit.*, p. 58.

teórico do novo remédio. Alexandre de Moraes sustenta ser tarefa da “doutrina e jurisprudência pátrias a definição dos contornos e objetivos desse importante instrumento”.⁵³

6.2. Conceito e Pressupostos Fundamentais

A Constituição Brasileira conceitua o mandado de injunção no artigo 5º, inciso LXXI: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

O texto constitucional traz como pressupostos para a concessão da ordem de injunção a ausência de norma regulamentadora e a inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Para a compreensão adequada do instituto, deve-se pensar no nexo de causalidade existente entre os dois pressupostos. A ausência de norma regulamentadora que abre ensejo à impetração do remédio é tão somente aquela que inviabilizar o exercício de algum direito ou liberdade constitucional. Piovesan explica que “a uma causa – a falta de norma regulamentadora – a ordem jurídica atribui uma conseqüência – a inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.⁵⁴

Quanto ao tema da delimitação do que seriam os direitos, liberdade e prerrogativas previstas no conceito de mandado de injunção, desenvolveram-se três correntes: uma restritiva, uma intermediária e uma abrangente.

A corrente restritiva tem como principal defensor o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, entendendo:

Não alcança outros direitos, por exemplo, os inscritos entre os direitos sociais. Realmente, a parte final – ‘inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania – restringe o alcance desse mandado. Ele serve para garantir direitos, liberdades e prerrogativas diretamente vinculados ao status de nacional (os do art. 5º, cujo caput reconhece aos brasileiros determinados direitos fundamentais, ou que possam ser deduzidos do Cap. III do Tít. II, capítulo este relativo à nacionalidade), ao de cidadão, quer dizer, o nacional politicamente ativo que, como integrante do povo, o soberano da democracia, tem a participação no governo, como direito

⁵³ *Op. cit.*, p. 178. Neste sentido conclui Flávia Piovesan e Carlos Augusto Alcântara Machado.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 134.

de voto e a elegibilidade (são os direitos e liberdades e prerrogativas que podem ser deduzidos do Cap. IV do Tít. II – capítulo sobre os 'Direitos Políticos'.⁵⁵

A corrente intermediária entende que os direitos, liberdades e prerrogativas mencionados no artigo 5º, inciso LXXI, da Lei Maior compreenderiam todos aqueles previstos em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, abrangendo os artigos 5º a 17. Esta é a posição de J.J. Calmon de Passos:

É que o inciso LXXI do art. 5º defere o mandado de injunção para tutela das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, não disciplinadas pelo art. 5º, assim sendo, disso se pode inferir a adequação do mandamus para garantia de todos os direitos, liberdades e prerrogativas constantes no Título II da Constituição. E essa nos parece a melhor exegese, lamentada a má técnica legislativa.⁵⁶

Por fim, a corrente mais abrangente defende que o remédio injuncional serve para defesa de qualquer direito, liberdade ou prerrogativa prevista no texto constitucional. José Afonso da Silva assevera que “não importa o direito que a norma confere; desde que seu exercício depende de norma regulamentadora e desde que esta falte, o interessado é legitimado a propor o mandado de injunção, quer a obrigação de prestar o direito seja do Poder Público, quer incumba a particulares”.⁵⁷

Como afirma Alcântara Machado⁵⁸ devem ser excluídos da proteção do mandado de injunção tão somente os direitos, liberdades e prerrogativas constantes em normas auto-aplicáveis.

Quanto ao segundo pressuposto, falta de norma regulamentadora seria “toda e qualquer medida para tornar efetiva a norma constitucional, o que inclui leis complementares, ordinárias, decretos, regulamentos, resoluções, portarias, dentro outros atos”.⁵⁹

6.3. Auto-Applicabilidade

Dúvida não há sobre a auto-aplicabilidade do mandado de injunção. É que o constituinte estabeleceu de maneira clara e inequívoca no parágrafo 1º do artigo 5º

⁵⁵ FILHO. Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 276.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 110-111.

⁵⁷ SILVA, *Curso...*, p. 447.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 72.

⁵⁹ PIOVESAN, *op. cit.*, 135.

que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Não foi outro o posicionamento unânime do Supremo Tribunal Federal quando julgou do Mandado de Injunção nº 107, já conhecido como *leading case* sobre o remédio.

Vejamos a questão de ordem levantada no voto sobre a auto-aplicabilidade do *writ*:

“- Assim fixada a natureza jurídica desse mandado, é ele, no âmbito de competência desta Corte – que está devidamente definida pelo artigo 102, I, g -, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto relator”.⁶⁰

Flávia Piovesan conclui que “admitir o contrário resultaria no curioso paradoxo de a ação constitucional dirigida contra a inação normativa permanecer inerte em virtude de falta de norma regulamentadora”.⁶¹

6.4. Aspectos Processuais

Vistos os requisitos fundamentais do instituto, cabe agora realizar uma análise singela a respeito de seus aspectos processuais.

Possui legitimidade ativa para impetrar mandado de injunção qualquer pessoa que seja impossibilitada de exercer um direito constitucional em razão da ausência de norma regulamentadora, uma vez que o mandado de injunção visa à proteção do direito subjetivo da parte impetrante. Interessante mencionar que não há óbice na possibilidade de exercício de um mandado de injunção coletivo, interpretação extensiva do artigo 5º, inciso LXX, da Constituição, que versa sobre o mandado de segurança coletivo.

A legitimidade passiva recai sobre o poder, órgão ou autoridade estatal competente para elaborar a legislação faltante reclamada pela Constituição. Isto porque apenas os entes Estatais podem ser alvo do dever jurídico-constitucional de elaboração normativa. Parte da doutrina caminhou no sentido da necessidade de

⁶⁰ STF. MI 107-3 DF, rel. Min. Moreira Alves.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 143.

formação de litisconsórcio passivo necessário entre o ente estatal responsável pela elaboração da norma omissa e o particular sobre o qual recairia o cumprimento da regulamentação normativa. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou a respeito do tema, apontando no sentido de que o pólo passivo deverá ser formado tão somente pelo órgão omissor. Vejamos:

“Em face da natureza mandamental do mandado de injunção, como já afirmado por este Tribunal, ele se dirige às autoridades ou órgãos públicos que se pretendem omissos quanto à regulamentação que viabilize o exercício de direitos e liberdade constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, não se configurando, assim, hipótese de cabimento de litisconsórcio passivo entre essas autoridades e órgãos públicos que deverão, se for o caso, elaborar a regulamentação necessária, e particulares que, em favor do impetrante do mandado de injunção, vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora, quando vier esta, em decorrência de sua elaboração, a entrar em vigor”.⁶²

O rito procedimental aplicado ao mandado de injunção é o do mandado de segurança, no que houver compatibilidade, por força do artigo 24, parágrafo único, da Lei nº 8.038/90.⁶³

A competência para o processamento e julgamento do mandado de injunção é fixada pela Constituição Federal nos artigos 102, inciso I, letra ‘q’, 105, inciso I, letra ‘h’ e 121, § 4º, inciso V. Referidos artigos versam, respectivamente, sobre a competência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior Eleitoral, em matéria de injunção.

Os Estados, por força do poder constituinte derivado decorrente, poderão estabelecer em suas constituições estaduais qual o órgão competente para o processamento e julgamento da mandado de injunção contra ato omissivo do legislador estadual em face de norma da Constituição Estadual.

6.5. Alcance e Efeitos da Decisão

O tema que gerou o maior número de discussões e polêmicas doutrinárias a respeito do novo *writ* foi a questão do alcance e dos efeitos produzidos pela decisão. É por isso que Alcântara Machado sustenta ser o “ponto nuclear do mandado de

⁶² STF, MI 323-8 DF, rel. Min. Moreira Alves.

⁶³ Art. 24. Na ação rescisória, nos conflitos de competência, de jurisdição e de atribuições, na revisão criminal e no mandado de segurança, será aplicada a legislação processual em vigor. Parágrafo único. No mandado de injunção e no habeas corpus, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica.

injunção é justamente a identificação de qual tipo de providência judicial deve tomar o órgão julgador ao decidir por sua procedência”.⁶⁴

Para não restar incompleta a futura compreensão dos efeitos da decisão do remédio, necessário se faz uma abordagem, ainda que superficial, relativa às diversas formas de provimento jurisdicional.

6.5.1. Das Formas de provimento jurisdicional

O professor Luiz Guilherme Marinoni leciona que “a doutrina, por muito tempo, classificou as sentenças em declaratória, condenatória e constitutiva”.⁶⁵ O processualista paranaense acrescenta à classificação trinária as sentenças mandamental e executiva, obtendo uma classificação denominada quinária. Vejamos então cada uma das 5 formas de sentença.

6.5.1.1. Sentença Declaratória

Essa modalidade apenas declara a existência, a inexistência ou o modo de ser determinada relação jurídica. Tem como objetivo eliminar uma situação de incerteza que paira sobre determinada relação jurídica.

O artigo 4º do Código de Processo Civil assim estabelece:

Art. 4.º O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

I – da existência ou inexistência de relação jurídica;

II – da autenticidade ou falsidade de documento;

Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

6.5.1.2. Sentença Constitutiva

A sentença constitutiva vai além da mera declaração do direito. Ela pode “criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica. Nesse sentido ela pode ser uma sentença constitutiva positiva ou uma sentença constitutiva negativa, também ditas,

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 107.

⁶⁵ Marinoni, Luiz Guilherma; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 450.

em outra terminologia, mas no mesmo sentido, sentenças constitutiva e desconstitutiva”.⁶⁶

Arruda Alvim afirma que essa modalidade de sentença “traz para o universo jurídico uma inovação específica – e justamente isto que a distingue das demais, particularmente da declaratória-, e se discrimina da condenatória porque essa inovação específica é produzida integralmente pela sentença constitutiva, a qual, para ter eficácia, independe de processo de execução”.⁶⁷

6.5.1.3. Sentença Condenatória

A sentença condenatória, assim como as demais, também declara o direito. Mas o que difere na condenação é justamente o caráter sancionador. Arruda Alvim explica:

“Todavia, não é tal declaração que a caracteriza. O que a caracteriza, precipuamente, é a sanção. Obtida a sentença condenatória, adquire o autor um instrumento jurídico destinado à satisfação efetiva do seu direito. Geralmente, com o trânsito em julgado da condenatória (v.g., na hipótese de condenação em quantia certa, líquida e exigível), a sentença é o próprio título executivo judicial (art. 583), que habilitará o credor a solicitar ao juiz o ingresso no patrimônio do devedor, para satisfação do seu direito.”⁶⁸

Não é outro o posicionamento de Marinoni, assegurando ser “por tal motivo que se afirma que a sentença condenatória é caracterizada pela sanção executiva; na verdade, a sentença condenatória possui este nome, ao invés de ‘declaratória’, porque abre oportunidade para a ação de execução. Abrir oportunidade para ação de execução é possuir a sanção executiva”.⁶⁹

6.5.1.4. Sentença Mandamental

O processualista gaúcho Ovídio Baptista bem conceitua:

A ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, em vez de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. É da essência, portanto, da ação

⁶⁶ MARINONI, *op. cit.*, p. 458.

⁶⁷ ARRUDA, Alvim. *Manual de Direito Processual Civil: Vol 1*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 655.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 657.

⁶⁹ MARINONI, *op. cit.*, p. 459.

mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência contenha uma ordem para que se expeça um mandado. Daí a designação de sentença mandamental. Nesse tipo de sentença, o juiz ordena, e não simplesmente condena. E nisso reside, precisamente, o elemento eficaz que a faz diferente das sentenças próprias do processo de conhecimento.⁷⁰

6.5.1.5. Sentença Executiva

Marinoni visualiza a sentença executiva de duas maneiras.

A primeira, talvez a mais sofisticada, é a que parte da premissa de que a sentença executiva, por si só, altera a denominada linha discriminativa das esferas jurídicas, ao passo que, no caso de sentença condenatória, tal alteração somente ocorre no momento da ação de execução, pois é esta que retira um bem da esfera jurídicas do devedor e o transfere para a esfera jurídica do credor.⁷¹ (tutela inibitória, p 362 e ss.)

Outro modo de conceber a sentença executiva é o de supor que está é a sentença que, independentemente da estrutura do direito material tutelado e da alteração ou não da linha discriminativa das esferas jurídicas, simplesmente dispensa a ação de execução, por uma questão de tempestividade e efetividade da tutela jurisdicional.⁷²

6.5.2. Decisão do Mandado de Injunção

Traçando um paralelo entre o mandado de injunção e as formas de provimento jurisdicional, o professor Luis César Souza de Queiroz anota:

- a) natureza declaratória, identificando o mandado de injunção com a Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão;
- b) natureza condenatória, cabendo ao Poder Judiciário conceder diretamente aquele direito pretendido;
- c) natureza constitutiva, tendo por objeto a criação, para o caso concreto, de norma regulamentadora necessária a viabilização do exercício do direito, de que seja titular o impetrante;
- d) natureza mandamental, devendo o Poder Judiciário dar ciência ao poder ou órgão omisso que se encontra em mora para que adote as providências necessárias.⁷³

Firmaram-se três correntes principais a respeito do alcance da decisão injuncional. A primeira entende ser tarefa do Poder Judiciário, quando do julgamento do mandado de injunção, a elaboração da norma regulamentadora faltante. Pela segunda corrente, deve o órgão jurisdicional apenas declarar a omissão inconstitucional e comunicar o estado de mora ao Poder competente, para que este tome as providências necessárias acerca da legislação reguladora. Por fim, a

⁷⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*, vol. 2. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.336.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 362 e ss.

⁷² MARINONI, *Tutela...*, op. cit., p. 362 e ss.

⁷³ QUEIROZ *apud* MACHADO, op. cit., p. 106-107.

terceira corrente sustenta que não cabe ao magistrado fazer às vezes do Poder Legislativo e editar uma norma com caráter geral e abstrato, mas apenas regulamentar o caso concreto, efetivando o direito do impetrante.

6.5.2.1. Primeira posição

Os adeptos desta corrente defendem que cabe ao Poder Judiciário a criação da norma regulamentadora faltante, não apenas para o caso concreto, mas também para todos os casos similares. Nesta hipótese, será certa a caracterização da invasão da competência do Poder Legislativo pelo Judiciário, uma vez que é tarefa típica do legislador elaborar normas abstratas e com caráter geral.

Não foi essa a finalidade buscada pelo constituinte quando instituiu o mandado de injunção. Este busca tutelar o direito subjetivo do impetrante e não corrigir a ordem jurídica objetiva, como um todo.

Flávia Piovesan assevera que “não seria razoável que o Poder Judiciário elaborasse norma geral e abstrata, quando da apreciação de um caso concreto, cujo pedido é a restauração de direito subjetivo violado. Não condiz com a finalidade de um instrumento de tutela de direito subjetivo, o intuito de sanear vícios da ordem jurídica, ou seja, do direito objetivo”.⁷⁴

Alexandre de Moraes denomina essa corrente de concretista geral, uma vez que “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”.⁷⁵

É a posição adotada pelo professor Calmon de Passos:

Seu objeto é a questão da inconstitucionalidade por omissão – falta de norma regulamentadora de exercício de direito deferido pela Constituição –, direito esse já certificado, mas cujo exercício está inviabilizado pela inexistência de norma regulamentadora. Assim, no mandado de injunção não se aprecia nenhuma das questões prévias, preliminares ou prejudiciais, que dizem respeito à lide configurada com a resistência à pretensão de quem se afirma titular do direito. Conseqüentemente, não há questões de fato a serem resolvidas. Há fatos definidos, com os quais se tipificou situação determinada, cumprindo apenas ao órgão competente, no mandado de injunção, editar a norma para o caso concreto. Decidindo o mandado de injunção, o magistrado não se sensibiliza em função do caso concreto, ele o situa na generalidade de sua ocorrência e infere a norma mais adequada para disciplinar esse universo de casos concretos.⁷⁶

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 149.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 185.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 123.

Para essa primeira posição a decisão do mandado de injunção consistiria numa sentença constitutiva de efeitos *erga omnes*.

6.5.2.2. Segunda Posição

Trata-se da posição majoritária no Supremo Tribunal Federal e que iguala os efeitos da decisão do mandado de injunção à decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Tem-se como marca da decisão uma sentença meramente declaratória, que apenas declara a omissão do legislador e comunica o seu estado de mora no cumprimento da obrigação constitucional de editar determinada norma. Ao colocar o mandado de injunção no mesmo patamar da ação direta de inconstitucionalidade retira-se toda a força do novo remédio. É que na ADIN por Omissão o órgão julgador apenas declara e comunica o estado de mora legislativa da autoridade competente, por força do artigo 103, § 2º, da Constituição Federal.

A Corte Constitucional firmou essa posição no julgamento do Mandado de Injunção nº 107-3, *leading case* sobre a matéria, que tinha como relator o Exmo. Ministro Moreira Alves. Vejamos:

Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional.⁷⁷

É o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

O alcance do mandado de injunção é análogo ao da inconstitucionalidade por omissão. Sua concessão leva o Judiciário a dar ciência ao Poder competente da falta de norma sem a qual é inviável o exercício de direito fundamental. Não importa no estabelecimento pelo próprio órgão jurisdicional da norma regulamentadora necessária à viabilização do direito. Aliás, tal alcance está fora da sistemática constitucional brasileira, que consagra a 'separação de poderes', não apenas pela referência contida no art. 2º, incluída entre os 'princípios

⁷⁷ STF. MI 107-3 DF, rel. Min. Moreira Alves. Alexandre de Moraes noticia que essa posição também é defendida no Supremo Tribunal Federal pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Octávio Galloti, Sydney Sanches, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

fundamentais' da República, mas também por ter sido ela incluída no cerne imutável da Constituição. De fato, o art. 60, § 4º, III, como anteriormente lembrado (Cap. 21), inova no Direito brasileiro, proibindo seja objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir a 'separação de poderes'.⁷⁸

Flávia Piovesan indigna-se com essa posição:

Inexistirá distinção entre a finalidade do mandado de injunção e a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nos moldes em que é prevista pelo art. 103, § 2º, do texto constitucional.

Ora, faltaria qualquer razoabilidade ao constituinte se criasse dois instrumentos jurídicos com idêntica finalidade. A duplicidade de instrumentos afastaria a logicidade e coerência do sistema constitucional.⁷⁹

Quaresma intitula essa posição de “tese da subsidiariedade” e também tece severas críticas sustentando que “esta corrente esvazia a força regulamentadora do instituto, deixando o cidadão carente de instrumental jurídico que proteja o exercício de direitos, inviabilizados diante da falta regulamentar”.⁸⁰

Não obstante a tímida posição inicial firmada pelo Supremo tribunal Federal cumpre ressaltar que já houve uma considerável evolução jurisprudencial naquela Corte, quando do julgamento do Mandados de Injunção nº 232-1 e 283-5.

O Mandado de Injunção nº 283-5 foi impetrado em defesa do direito subjetivo previsto no artigo 8º, § 3º, do ADCT, que garantia “aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1934, e n. S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”. O prazo expirou sem que houvesse edição da lei reclamada e o remédio foi impetrado.

Ao julgá-lo, a Suprema Corte fixou as seguintes premissas:

- a) declarar em mora o legislador em relação à ordem de legislar contida no art. 8º, § 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República;
- b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada;
- c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem;

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 277.

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 151.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 51.

d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.⁸¹

Luis Roberto Barroso afirma:

O Supremo Tribunal Federal, ao firmar tal posição: a) admitiu converter uma norma constitucional de eficácia limitada (porque dependente de norma infraconstitucional integradora) em norma de eficácia plena; b) considerou o mandado de injunção hábil para obter a regulamentação de qualquer direito previsto na Constituição, e não apenas dos direitos e garantias fundamentais constantes do seu título II.⁸²

O julgamento do Mandado de Injunção nº 232-1 veio reforçar ainda mais a tese esboçada na apreciação do MI 283-5. Foi discutido acerca do alcance do artigo 195, § 7º da Constituição Federal, que estatui: “§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”.

O precitado dispositivo constitucional deve ser interpretado em conjunto ao artigo 59 do ADCT: “Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los”.

Nestes termos, ultrapassado o permissivo constitucional transitório de 06 (seis) meses para edição da legislação relativa à seguridade social, foi impetrado mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal, culminando no seguinte julgamento:

EMENTA: Mandado de Injunção.

- legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do § 7º do artigo 195 da Constituição Federal.

- ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional.

Mandado de injunção conhecido, em parte e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do art. 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.⁸³

⁸¹ STF, MI – 283-5.

⁸² BARROSO, *op. cit.*, 259.

⁸³ STF, MI – 232-1.

Alexandre de Moraes⁸⁴ entende que este julgado adotou a posição concretista, viabilizando diretamente a fruição do direito constitucional reclamado.

Não obstante, para Barroso, na “hipótese aqui versada, o Tribunal não precisará suprir qualquer lacuna normativa. Limitar-se-á a considerar auto-aplicável norma que conferia um direito, mas condicionava-o ao preenchimento de requisitos que a lei ditaria. Não há, pois, maior dificuldade, nem se exige do Judiciário uma atuação de integração da ordem jurídica”.⁸⁵

Em que pese a grande evolução na efetivação do direito constitucional através do mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal, cabe ressaltar que em ambos os casos, MI 283-5 e 232-1, a norma constitucional assinalava o prazo máximo para edição da norma regulamentadora infraconstitucional. É preciso que o Supremo estenda essas decisões para aquelas normas constitucionais que não tenham prazo máximo definido para edição da lei. Nestes casos, o critério do tempo necessário para edição da legislação infraconstitucional deve ser analisado sob a ótica dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.⁸⁶

6.5.2.3. Terceira Posição

Trata-se da posição majoritária entre os estudiosos do direito constitucional. Seus defensores entendem que na decisão do mandado de injunção, deve o magistrado viabilizar, para o caso concreto, o exercício do direito garantido pela Constituição obstado pela falta de disposição normativa regulamentadora. A decisão é caracterizada por uma sentença constitutiva com efeito *inter partes*.

Regina Quaresma denomina de “tese de resolutive”, sendo tarefa do “magistrado resolver o caso concreto, entre as partes, e concretizar o direito dos impetrantes, satisfazê-lo plenamente, independente de regulamentação. Tal decisão pode ser interpretada como a extensão do juízo de equidade”.⁸⁷

Piovesan destaca com brilhantismo:

Neste enfoque interpretativo, o mandado de injunção é instrumento apto a viabilizar, no caso concreto, o exercício de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais, que se encontrem inviabilizados por faltar norma regulamentadora. Isto é, em face de um direito

⁸⁴ *Op. cit.*, p. 185.

⁸⁵ *Op. cit.*, p. 260.

⁸⁶ Assim entende Flávia Piovesan.

⁸⁷ *Op. cit.*, p. 51.

subjetivo constitucional, cujo exercício se ache tolhido pela ausência de norma regulamentadora, caberá ao titular deste direito, pela via do mandado de injunção, postular ao Poder Judiciário a edição de decisão saneadora da omissão, para que se concretize o exercício do direito subjetivo constitucional.⁸⁸

Houve julgamentos que agasalharam essa posição. Impossível deixar de transcrever acórdão relativo ao mandado de injunção nº 06/90 do IV Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, figurando como relator o Desembargador José Carlos Barbosa Moreira. Quaresma extrai a presente síntese do *decisum*:

... É admissível mandado de injunção seja qual for o texto constitucional, federal ou estadual, que preveja o direito cujo exercício depende de norma regulamentadora ainda não editada (...). Há um princípio fundamental: a inovação da Carta vigente deve ser entendida e atuada de maneira mais eficaz dentre as compatíveis com o sistema constitucional para a tutela do direito (...). Algumas decisões do Egrégio Tribunal Federal, na esteira da tomada, no mandado de injunção nº 107, vêm esposando a tese de que o uso do remédio constitucional 'visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão.' (...). Realmente: dar ciência da omissão ao órgão omisso é providência de todo em todo inócua, até porque, presumivelmente, ninguém melhor do que ele sabe que se vem omitindo (...) para que adote as providências', acrescenta-se; mas, se não se comina a sanção para o descumprimento, o acréscimo, do ponto de vista jurídico e, sobretudo, ângulo prático, a rigor continua a padecer de inocuidade (...) a não ser que a ameaça da responsabilização fosse suficiente para obrigar o órgão omisso a suprir sem demora a falta.

(...) Por outro lado, tampouco parece razoável entender que, verificada a existência da omissão, fique o órgão judicial autorizado a supri-la do mesmo modo porque o faria competente para editar a norma que falta dizer, editando-a com os caracteres de generalidade e abstração que ela normalmente teria. Supondo-se que falte uma lei – conforme é provável que ocorra na maioria dos casos –, estaria o poder Judiciário investido de autêntica função legislativa, o que só se deveria admitir, pela manifesta excepcionalidade, à vista de disposição unívoca e categórica, inexistente na carta da República.

Merece preferência, destarte, outra possível construção: aquela segundo a qual, diante da lacuna, cabe ao órgão judicial formular a regra faltante e aplicá-la com alcance duplamente limitado: do ponto de vista subjetivo, porque os destinatários serão apenas as partes do processo; e do ponto de vista temporal, porque a disciplina assim fixada só prevalecerá enquanto o órgão competente não edite, ele mesmo, a norma regulamentadora, a qual, daí em diante, passará a reger de maneira uniforme todas as situações enquadráveis em seu âmbito de incidência, inclusive as que porventura hajam sido objeto de regulamentação judicial (a título provisório) mediante mandado de injunção.

Em semelhante perspectiva, afasta-se, de um lado, qualquer suspeita de invasão, pelo Poder Judiciário, do campo reservado a atuação de outro Poder, nomeadamente a do legislativo: ao conceder o mandado, o órgão judicial não legisla, mas cinge-se a resolver o litígio concreto individual que lhe foi submetido, apenas com a peculiaridade de formular previamente a norma, em vez de restringir-se a aplicar norma já constante do ordenamento – fenômeno nem conhecido do domínio da chamada 'jurisdição de equidade', de que aliás não faltam outros exemplos no Sistema Jurídico Brasileiro. De outra parte, imprime-se maior efetividade prática ao remédio constitucional, que, assim manejado, passa a corporificar instrumento verdadeiramente útil à proteção de direitos previstos na Lei Maior, mas de exercício inviabilizado pela inércia do órgão regulamentador, suscetível – sem essa válvula – de frustrar, indefinida e intoleravelmente, o cumprimento do que determina a própria Constituição, conforme é sabido que aconteceu, ao longo de nossa História, em hipóteses numerosas, cuja repetição, justamente, se quis evitar.

⁸⁸ *Op. cit.*, p. 87.

A tese abraçada pela maioria, no presente julgamento, tem o aval abundante e autorizada Doutrina.⁸⁹

Barroso retira três premissas do acórdão carioca:

- a) a legitimação passiva recai sobre o Secretário de Estado da Polícia Civil, a quem compete conceder a licença (a rigor técnico, como se sabe, a autoridade apenas presta informações, sendo o Estado o sujeito passivo);
- b) ao órgão ao qual se imputa a omissão é dada ciência da impetração;
- c) diante da lacuna, cabe ao órgão judicial formular a regra concreta e aplicá-la, limitada, subjetivamente, às partes dos processo.⁹⁰

O Tribunal de Justiça de Sergipe também já decidiu pela viabilização do direito do impetrante através da regulamentação do direito no caso concreto, quando julgou o mandado de Injunção nº 01/2002, conforme noticia o mestre Alcântara Machado:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DO PPREFEITO MUNICIPAL DE ARACAJU. INCISOS X E XV DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Preliminares rejeitadas. Concessão do Writ.

- Aplicação imediata do instituto do mandado de injunção conferindo-lhe, quanto ao procedimento, tratamento idêntico ao dispensado ao mandado de segurança, conforme decisão unânime do STF no MI nº 107/DF, do qual foi relator o Ministro Moreira Alves, acórdão publicado no DJU de 2-8-91 e na RTJ nº 133, p. 11.
- O objeto da ação de injunção não é substituir a norma regulamentadora não editada, mas assegurar aos autores da ação a efetividade do direito conferido pela Constituição e inviabilizado pela omissão inconstitucional. A decisão que julga o mandado de injunção tem, portanto, natureza mandamental e não declaratória.
- A revisão anual de vencimentos contemplada no inciso X, do artigo 37, da Constituição federal, não se confunde com aumento de vencimentos, pois traduz mera recomposição material do seu valor originário corroído pela inflação.
- O princípio da irredutibilidade de vencimentos consagrado no inciso XV, do artigo 37, da Constituição Federal, a todos vincula, ante a inconfundível redação do caput deste dispositivo constitucional de dicção expressa e imperativa aplicável à 'administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios' e haverá de ser observado e cumprido sob a perspectiva de uma ética material de valores voltada para a intangibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no inciso III, ao art. 1º, e da concretização dos objetivos fundamentais da República proclamados no inciso I, do art. 3º, da Carta Magna.
- A Lei de Responsabilidade Fiscal não constitui óbice à aplicação do inciso X, do art. 37 da Carta Política, por decorrer a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos de imperativo constitucional, com força obrigatória e validade superior, hierarquizando-se sobre qualquer lei.
- Procedência do pedido, com a conseqüente expedição do mandado de injunção. Por unanimidade.⁹¹

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 75-76.

⁹⁰ *Op. cit.*, p. 261.

⁹¹ *Op. cit.*, p. 135.

No Supremo Tribunal Federal compartilham do presente entendimento os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio. Cito o voto do Min. Carlos Velloso no julgamento do mandado de injunção nº 107:

Sustento a tese no sentido do caráter substancial do mandado de injunção, pelo que faz o mesmo as vezes da norma infraconstitucional ausente e integra o direito ineficaz, ineficaz em razão da ausência da norma regulamentadora, à ordem jurídica. Quer dizer, mediante o mandado de injunção, o juiz cria, para o caso concreto, a norma viabilizadora do exercício do direito, ou, como ensina Celso Barbi, adota 'uma medida capaz de proteger o direito reclamado', solução que se põe de 'acordo com a função tradicional da sentença, que é resolver o caso concreto levado ao poder Judiciário, mas limitando a eficácia apenas a esse caso, sem pretender usurpar funções próprias de outros poderes'. (Conf. Meu artigo 'As novas garantias Constitucionais', RDA, 177/14, 24).

É a posição concretista individual lecionada por Alexandre de Moraes. Ele ainda divide em direta e intermediária. Pela primeira "o Poder Judiciário, imediatamente ao julgar procedente o mandado de injunção de injunção, implementa a eficácia da norma constitucional ao autor" e pela segunda, "posição do 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".⁹²

Para concluir o capítulo relativo às posições existentes sobre o alcance dos efeitos da decisão do mandado de injunção, transcrevo pronunciamento do Min. Néri da Silveira, que resume as posições encontradas na Suprema Corte:

Há, como sabemos, 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 de 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 a 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 constitucional assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que se o Congresso não fizer a lei, em certo prazo que se estabelece na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento da reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão e, a seguir, dispor a respeito do direito in concreto. É, por isso mesmo, uma posição que me

⁹² *Op. cit.*, p. 186.

parece concilia a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei. Esse tem sido o sentido de meus votos, em tal matéria. De qualquer maneira, porque voto isolado e vencido, não poderia representar uma ordem ao Congresso nacional, eis que ineficaz. De outra parte, em se cuidando de voto, no julgamento de processo judicial, é o exercício, precisamente, as competência e independência que cada membro do Supremo Tribunal Federal tem, e necessariamente há de ter, decorrente da Constituição, de interpretar o sistema da Lei Maior e decidir os pleitos que lhe sejam submetidos, nos limites da autoridade conferida à Corte Suprema pela Constituição.⁹³

Para que essa terceira corrente seja devidamente aplicada, tanto a concretista individual direta como a intermediária, deve-se pensar no princípio da separação dos poderes de forma relativa e no Poder Judiciário dotado de uma maior força criativa e inovadora.

Parte da doutrina questionou que mesmo na regulamentação do direito no caso concreto, e com efeitos apenas entre às partes, a decisão estaria ferindo o princípio previsto no artigo 2º da Constituição Federal. Necessária a análise mais detalhada da questão da separação dos poderes e o mandado de injunção e, em seguida, do novo papel do juiz na efetivação dos direitos constitucionais.

VII. Separação dos Poderes e o Mandado de Injunção

O artigo 2º da Constituição Federal dispõe: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Trata-se do princípio da separação dos poderes, fundamental na República Federativa do Brasil.

Historicamente esse princípio já foi examinado por diversas vezes. O cientista político e professor de direito constitucional Paulo Bonavides leciona que, já na antiguidade, “distinguiria Aristóteles a assembléia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário”.⁹⁴

John Locke, Rousseau e Montesquieu, pensadores do século das luzes, deram grandes contribuições ao tema. Eles desenvolveram a idéia da separação dos poderes em contraposição à concentração dos poderes nas mãos de uma só pessoa, o Monarca. Foi um verdadeiro movimento de crítica ao Absolutismo. “O

⁹³ Ata da 7ª sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, realizada em 16 de março de 1995 e publicada no DJU, de 4-4-95, Seção I, p. 8.265.

⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 136.

princípio se inaugura no moderno Estado de direito como técnica predileta dos convergentes esforços de limitação do poder absoluto e onipotente de um executivo pessoal, que resumia até então toda a forma básica de Estado”.⁹⁵

Mas foi Montesquieu, em seu “*Espírito das Leis*”, o grande responsável pela sistematização e propagação da doutrina da separação dos poderes. Defendia o autor:

“Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistrados, o Poder Legislativo está unido ao Poder Executivo, não há liberdade, pois é de esperar que o mesmo monarca ou assembléia faça leis tirânicas e as execute tiranicamente. Não há também liberdade, se o poder de julgar não está separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se aquele estiver unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário, pois o juiz será também legislador. Se o poder de julgar estiver unido ao Poder Executivo, o juiz terá a força de um opressor. Tudo está perdido se o mesmo homem ou a mesma assembléia de notáveis, ou de nobres ou do povo exerce os três poderes, o de fazer as leis, o de executar as resoluções e o de julgar os crimes ou dissídios dos particulares”.⁹⁶

Cabe questionar: seria essa separação absoluta?

Os revolucionários franceses de 89 acataram a doutrina da separação das funções do Estado na forma absoluta, desvirtuando-na e prejudicando o funcionamento da atividade pública.

O próprio Montesquieu não previa a separação total dos poderes estatais. Darcy Azambuja assevera que “Montesquieu, se bem que demonstrando a necessidade da separação dos poderes, julgava também necessário que eles fosse harmônicos; que se limitassem reciprocamente, mas não fossem absolutamente separados e não se paralisassem uns aos outros”.⁹⁷

A separação absoluta prevista na Constituição Francesa pós Revolução foi muito criticada. A doutrina procurava flexibilizar a separação. Bonavides corrobora com Hegel quando ele asseverou que a “literal separação de poderes destruiria a unidade do poder estatal, por sua natureza indivisível”.⁹⁸

O que existe são funções estatais separadas. O poder é uno e indivisível. O que se divide são as funções. Cada poder é responsável pelo exercício de uma função principal, também denominada de função típica, além de exercer outras funções atípicas. Assim há a maior possibilidade de um poder exercer uma atividade fiscalizadora do outros, mantendo sempre a independência e harmonia entre eles.

⁹⁵ *Ibid.* p. 142.

⁹⁶ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 6 ed. Porto Alegre: Globo, 1976. p. 179.

⁹⁷ *Ibid.* p. 179.

⁹⁸ *Ciência...*, *op. cit.*, p. 147.

Trata-se da adoção do sistema americano do “*check and balances*”, pesos e contrapesos.

Alexandre de Moraes explica com exatidão:

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*, 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. (...) Todos esses instrumentos encontram-se previstos no sistema de freios e contrapesos constitucionais, visando impedir o arbítrio estatal.⁹⁹

A própria Constituição Federal atribui aos três poderes funções típicas e atípicas. Ao Poder Legislativo cabe a tarefa precípua de editar leis e atos normativos gerais. Mas isso não o impede de exercer tarefa administrativa ou julgadora, interferindo nos outros poderes. O Congresso Nacional¹⁰⁰ pode sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, controlando diretamente a atividade do Executivo, além de autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a se ausentar do país. Com relação ao exercício de atividade judiciária, o Senado Federal¹⁰¹ possui competência para processar e julgar o Presidente da República, além de ser competente para processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal e aprovar a escolha de magistrados, membros do Poder Judiciário, interferindo diretamente neste poder.

Já o Poder Executivo tem a principal tarefa de representar o Estado como um todo, interna e externamente, cumprir e executar as leis e políticas públicas. Mas também pode legislar¹⁰² através da edição de medidas provisórias, sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, vetar os projetos de lei, total ou parcialmente, sempre que entender inconstitucional ou contrário à ordem pública.¹⁰³ Também tem poder para alterar decisões judiciais transitadas em julgado, através do indulto, ato de competência privativa do Presidente da República.¹⁰⁴

Por fim, quanto ao Poder Judiciário, ele deve interpretar e aplicar a lei aos casos concretos submetidos à sua apreciação, com o escopo de pacificação social.

⁹⁹ *Op. cit.*, p. 187.

¹⁰⁰ Artigo 49, incisos II, III e V, CF.

¹⁰¹ Artigo 52, I, II e III, letra 'a', CF.

¹⁰² Sobre atividade legislativa do P.Executivo, ver artigo 62 da CF.

¹⁰³ Artigo 84, incisos III,IV e V da CF.

¹⁰⁴ Art. 84, inciso XII, CF.

Por outro lado, exerce atividade legislativa quando seus Tribunais editam os respectivos regimentos internos e atividade executiva quando abrem concurso público, nomeiam servidores, firmam contratos.¹⁰⁵ Cabe ainda ao Judiciário interferir nos excessos do Legislativo e do Executivo, principalmente pelo mecanismo do controle de constitucionalidade. As decisões de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, por força do parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99.

Nessa linha de argumentação, verifica-se que a separação dos poderes não pode ser tomada como um conceito absoluto e imutável, sob pena de estagnar o funcionamento do Estado. Como bem lembra Alcântara Machado¹⁰⁶, hodiernamente, o princípio vem sendo relativizado e já não pode ser seguido com o rigorismo e a rigidez de outrora. Utilizando as lições de Celso Ribeiro Bastos, conclui o promotor de Sergipe “que todo poder (entendido como órgão) tende a uma relativa independência no âmbito estatal e é compreensível que pretenda exercer na própria esfera as três mencionadas funções em sentido material”.¹⁰⁷

Com relação ao mandado de injunção, deve-se partir da premissa do princípio da separação dos poderes relativizado, em que cabe a cada poder exercer suas atribuições predominantes e também controlar e fiscalizar os excessos e omissões dos demais. A inconstitucionalidade por omissão, ou seja, a inércia do Poder Legislativo em não cumprir uma obrigação constitucional consistente na edição de uma norma regulamentadora que confira eficácia e aplicabilidade à determinada disposição constitucional, deve ser fiscalizada e controlada pelos outros poderes. Essa é a idéia dos freios e contrapesos. Um Poder deve interferir no outro para defender a vontade do constituinte. Não pode o legislador ordinário permanecer inerte indefinidamente, sob pena de se constituir num processo de alteração informal da Constituição.

Flávia Piovesan arremata:

¹⁰⁵ Art. 96, inciso I, letras 'a' e 'e', CF.

¹⁰⁶ *Op. cit.*, p. 123.

¹⁰⁷ BASTOS *apud* MACHADO, *op. cit.*, p. 123.

Constatar-se-á que ambos os instrumentos de controle da constitucionalidade, e especialmente o mandado de injunção, exigem uma nova dinâmica na relação entre os Poderes Constituídos, o que implica uma reflexão crítica acerca do enfoque tradicional que concebe o princípio da tripartição dos poderes, no sentido de viabilizar a implementação constitucional, privilegiando o princípio da prevalência constitucional¹⁰⁸

Foi justamente dentro desse panorama que surgiu o mandado de injunção, pensado sob o aspecto subjetivo, do direito individual da parte impetrante. Não visa a obtenção da norma reguladora, geral e aplicável a todos, mas apenas a viabilização do exercício do direito garantido pela Constituição e obstado pela ausência da lei regulamentadora no caso concreto. Essa é a verdadeira finalidade do novo remédio constitucional. “Não há óbice em, atipicamente, o Poder Constituinte Originário conceder atribuição ao Poder Judiciário para, supletivamente, no caso concreto, ‘criar’ a norma regulamentadora individual e possibilitar a fruição do direito por parte do interessado”.¹⁰⁹

Ao regulamentar o caso concreto, o magistrado não estará invadindo a competência do legislativo e desrespeitando a separação dos poderes, vez que não estará atuando como legislador positivo, com efeito *erga omnes*. Estará apenas exercendo a fiscalização constitucional originária da omissão do legislativo e aplicando o direito positivo aos casos concretos, conforme artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, estudado no tópico seguinte.

VIII. O Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, a Efetiva Tutela Jurisdicional e o Novo Papel do Juiz e o Mandado de Injunção

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal estatui que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A doutrina processualista ensina que o precitado dispositivo constitucional versa sobre o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Dinamarco, Grinover e Cintra conceituam Jurisdição:

...uma das funções do Estado, mediante a qual este se subtrai aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.

¹⁰⁸ *Op. cit.*, p. 110.

¹⁰⁹ MACHADO, *op. cit.*, p. 124.

Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado.¹¹⁰

Para Marinoni “a jurisdição, ao aplicar uma norma ou fazê-la produzir efeitos concretos, afirma a vontade espelhada na norma de direito material, a qual deve traduzir, já que deve estar de acordo com os fins do Estado, as normas constitucionais que revelam suas preocupações básicas”.¹¹¹

O Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte. É atividade típica do Poder Judiciário prestar a atividade jurisdicional a todo aquele que a ele recorrer. A jurisdição é inafastável. Mesmo diante da ausência de direito positivo, não poderá o magistrado deixar exercer sua atividade e prestar a jurisdição, conforme regras do artigo 126 do Código de Processo Civil¹¹² e artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.¹¹³

Pensado no âmbito de um Estado Democrático de Direito, promocional, distributivo e que valoriza a dignidade da pessoa humana, o princípio não se satisfaz com a mera aplicação do direito positivo aos casos concretos, mas exige a prestação da efetiva tutela jurisdicional.

Vejamos como ensina o professor Candido Rangel Dinamarco:

O Estado falha ao dever de dispensar tutela jurisdicional a quem tem direito a ela (e tem direito à tutela jurisdicional quem, no processo, demonstra ter razão: v. infra, nn. 422 e ss.) quando inadmite o sujeito em juízo, quando conduz mal o processo, quando julga equivocadamente e também quando, não-obstante haja julgado muito bem, não confere efetividade prática a seus julgados.

Por qualquer desses modos, quem veio a juízo lamentar a lesão sofrida continua a amargar a lesão e, na prática, é como se não tivesse vindo a juízo. A tutela jurisdicional é objeto de solene promessa do constituinte (Const. Art. 5º, inc. XXXV) e, negando-se a ministrá-la de forma efetiva, o Estado-de-direito descaracteriza-se como tal.¹¹⁴

Para que a efetiva tutela jurisdicional seja prestada, necessário conferir maior poder aos magistrados, representantes do Poder estatal quando do exercício da

¹¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini e CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.131.

¹¹¹ *Op. cit.*, p. 36.

¹¹² Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

¹¹³ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 593-594.

Jurisdição. Atualmente, o juiz assume um papel diverso daquele exercido pelo magistrado do Estado Liberal Burguês.

Nesta época, vigorava a máxima da valorização do individualismo e o Estado prestava a jurisdição dos interesses privados. O juiz limitava-se a afirmar aquilo que estava consubstanciado nas leis. Trata-se de um estado mínimo, formado sobre uma estrutura que retirava o poder do Estado de interferir na esfera jurídica dos particulares. Após a ascensão ao Poder pela burguesia, não interessava mais que o estado interferisse em suas atividades e interesses. Neste sentido, os burgueses estruturaram um estado, dominaram o Parlamento e, conseqüentemente, editaram toda legislação voltada à satisfação de seus próprios interesses. Caberia ao juiz apenas aplicar as leis criadas pelos burgueses. Era a total submissão da magistratura às leis.

Luiz Guilherme Marinoni, em artigo intitulado “*A Jurisdição no Estado Constitucional*” melhor explica:

No Estado liberal de direito, os Parlamentos da Europa continental reservaram a si o poder político mediante a fórmula do princípio da legalidade. Diante da hegemonia do Parlamento, o Executivo e o Judiciário assumiram posições óbvias de subordinação; o primeiro somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus exatos limites, e o Judiciário apenas aplicá-la, sem mesmo poder interpretá-la. O legislativo, assim, assumia uma nítida posição de superioridade. Na teoria da separação dos poderes, a criação do direito era tarefa única e exclusiva do legislativo. Para Montesquieu o “poder de julgar” deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual, não produtiva de “direitos novos”. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria também o poder de executar materialmente as decisões que constituem o “poder de julgar”. Diante disso o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, pois o julgamento deveria ser apenas “um texto exato da lei”.¹¹⁵

A respeito deste tema, brilhantes as colocações do professor Ovídio Baptista:

O caráter privatístico da jurisdição é uma nota peculiar e constante na formação das instituições jurídicas dos países da Europa continental. Nossos juízes diferem grandemente dos magistrados da chamada common law, justamente porque os juízes do sistema do direito continental europeu assemelham-se mais a funcionários públicos do que a verdadeiros representantes do poder estatal. Estas palavras, escritas por um eminente jurista americano, auxiliam-nos a compreender esta fundamental distinção. Em seu excelente estudo sobre a tradição jurídica romano-canônica, escreve JOHN H. MERRYMAN: ‘La descripción apropiada del juez es la de un operador de una máquina diseñada y construída por los legisladores. Su función es mecánica. Los grandes nombres del derecho civil no son los jueces (quién conoce el nombre de un juez civilista?), sino de los legisladores (Justiniano, Napoleón) y jurisperitos (Gayo, Irnerio, Bartolo, Manzini, Domat, Pothier, Von Savigny y otros muchos juristas europeos y latinoamericanos de los siglos XIX y XX). El juez de un sistema de derecho civil no es un héroe de la cultura o una imagen paternal como sucede con frecuencia entre nosotros.

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Constitucional*. p. 4-5. Disponível em: < <http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/27.pdf> > Acesso em 21 set. 2005.

Su imagen es la de un servidor público que desempeña funciones importantes, pero falta de creatividad' (La tradición jurídica romano-canónica, p.70).¹¹⁶

O papel contemporâneo do juiz deve ser pensado para a nova realidade social, pautada no Estado democrático de Direito, provedor das necessidades sociais básicas e que eleva a dignidade da pessoa humana ao patamar de princípio fundamental. O estado moderno evoluiu em termos de tutelas jurisdicionais, em razão das novas formas de relações sociais. Para exemplificar, surgiram os instrumentos processuais da antecipação da tutela, a tutela inibitória, as tutelas coletivas, voltadas para proteção das novas categorias de direito.

Cabe ao juiz o dever de tutelar o direito reclamado pelo jurisdicionado de maneira efetiva. Não basta apenas dizer o direito, mas sim viabilizar seu exercício. Para Marinoni, “a interpretação de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva outorga ao juiz a obrigação de identificar as necessidades do caso concreto e de descobrir a técnica processual idônea para lhe dar efetividade”.¹¹⁷

No que tange ao novo papel do juiz e o instrumento do mandado de injunção, Piovesan conclui acertadamente “que o sucesso destes novos instrumentos está, em muito, condicionado a uma atuação renovado do poder Judiciário, que há de assumir, como autêntico agente de poder, os moldes de uma justiça de equidade, distributiva, condizente com a complexidade das questões a serem por ele enfrentadas”.¹¹⁸

¹¹⁶ *Op. cit.*, p. 337-338.

¹¹⁷ *A Jurisdição...*, *op. cit.*, p. 81.

¹¹⁸ *Op. cit.*, p. 110.

Conclusão

De todo o exposto, conclui-se que o mandado de injunção foi instituído pela Constituição Federal de 1988 com o objetivo de efetivar as normas constitucionais, em específico àquelas que dependem de atividade legiferante futura para produzirem os efeitos colimados pelo constituinte originário. Trata-se das normas constitucionais de aplicabilidade mediata.

A omissão legislativa na regulamentação das disposições constitucionais que reclamam normativa ulterior configura a inconstitucionalidade por omissão. A Constituição Federal de 1988 instituiu dois instrumentos para combater essa forma de inconstitucionalidade: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Esta com caráter objetivo, na defesa da ordem jurídica como um todo e em abstrato. Aquele visa proteger o direito subjetivo do impetrante.

Quando do julgamento do mandado de injunção, cabe ao Poder Judiciário a tarefa de criar a norma regulamentadora faltante para o caso concreto, viabilizando o exercício do direito do impetrante garantido pela constituição. Para tanto, devemos entender o princípio da separação dos poderes de forma relativa e o novo papel do juiz no Estado Democrático de Direito. Sob essas duas premissas, viabilizando o direito para o caso concreto, não estará o magistrado desrespeitando o princípio da separação dos poderes, o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o recente princípio do tempo razoável de duração do processo, mas apenas prestando uma efetiva tutela jurisdicional e dando uma resposta satisfativa à sociedade.

Essa forma de interpretação concede à Constituição a máxima efetividade das suas normas e garante a unidade do seu texto, uma vez que o juiz não estará se esquivando do dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva, garantida pelo artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição, e também não atuará como legislador *erga omnes*, afrontando o disposto no artigo 2º da Carta Política. Trata-se de uma decisão com efeitos apenas entre as partes do processo.

Alexandre de Moraes conclui nesse sentido com muito brilhantismo:

Dessa forma, plenamente conciliável o art. 5º, LXXI (conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania) e o art. 5º, XXXV (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), com o art. 2º (são poderes da União, independentes e harmônicos entre si.

o Legislativo, o Executivo e o Judiciário), todos da Constituição Federal, pois o Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional, deverá evitar a ameaça ou lesão a direitos, liberdades ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, decorrentes da omissão do Poder competente, declarando a existência da omissão e permitindo que o prejudicado usufrua da norma constitucional, nos moldes previstos na decisão, enquanto não for colmatada a lacuna legislativa ou administrativa.

Assim agindo, não estará o Judiciário regulamentando abstratamente a Constituição Federal, com efeitos erga omnes, pois não é sua função; mas ao mesmo tempo, não estará deixando de exercer uma de suas funções precípua, o resguardo dos direitos e garantias fundamentais. Como destaca Carlos Augusto Alcântara Machado, 'não se trata de pretensa usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário e, sim, de exercício de uma atribuição conferida constitucionalmente.'¹¹⁹ (grifo meu)

Se o juiz tão somente declarar a inércia do órgão competente para expedição regulamentadora, não estará prestando a efetiva tutela jurisdicional exigida pelo texto constitucional. No caso do mandado de injunção, a resposta do Judiciário será satisfativa a partir do momento que a parte impetrante usufrua do direito constitucional reclamado. A mera declaração da omissão legislativa inconstitucional e sua comunicação, conforme entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, não satisfaz o legítimo interesse do impetrante e acaba efetuando uma verdadeira inversão na hierarquia normativa do ordenamento jurídico.

Isto porque não se está diante da ausência de uma norma, mas sim na presença de uma norma de suprema hierarquia, uma norma Constitucional. Deixar de viabilizar um direito que a Constituição já garantiu é tolher-lhe a supremacia e elevar o legislador infra-constitucional a um patamar superior ao constituinte originário. É fazer com que o legislador ordinário coloque-se acima da Lei Maior que, na realidade, legitima os limites da sua atuação.

Barbosa Moreira, em excelente artigo, ironiza a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, sustentando que para dar ciência de determinado fato basta a antiga notificação, e assegura:

...a regulamentação que o órgão judicial estabeleça apenas valerá para o caso decidido, e enquanto não sobrevinha a 'norma regulamentadora', com alcance geral. O juiz ou o tribunal exercerá, em tal hipótese, a função típica da chama 'jurisdição de equidade' – fenômeno bastante familiar a todos que lidam com o direito e incapaz de escandalizar o mais zeloso fiscal da 'separação dos poderes'.

Do ponto de vista prático, é manifesta a superioridade da terceira solução em confronto com a primeira. O melhor modo de compreender um remédio processual é aquele que leve a atribuir-lhe o máximo possível de eficácia. Conceber o mandado de injunção como simples meio de apurar a inexistência da 'norma regulamentadora' e comunicá-la ao órgão competente para a edição (o qual, diga-se entre parênteses, presumivelmente conhece mais do que ninguém suas próprias omissões...) é reduzir a inovação a um sino sem badalo. Afinal, para dar ciência de algo a quem quer que seja, servia – e bastava – a boa e velha notificação.

¹¹⁹ *Op. cit.*, p. 187.

Nem se responda que a isto, ou a pouco mais, se reduz em verdade, na própria Carta da República, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, § 2º. Se assim é, o que daí se tira é razão suplementar para repetir a primeira construção. Não se afigura crível, com efeito, que a Constituição haja querido fazer uma coisa só de dois instrumentos que forjou separadamente: um deles, é óbvio, estaria sobrando. A assimilação mostra-se descabida – e funesta; despoja de indivisibilidade o mandado de injunção e subtrai-lhe toda e qualquer possibilidade de frutificar. Sejamos sinceros: quem sairá de seus cuidados para requerer providência inócua?

A prevalecer este entendimento, como há motivos para temer que aconteça, mais valerá que (na primeira reforma constitucional), se suprima pura e simplesmente o inciso LXXI do art. 5º. O mandado de injunção, porém, merece sorte melhor que essa morte precoce e inglória. Não será tempo, ainda, de salvá-lo? A última palavra, naturalmente, caberá ao legislador, que mais cedo ou mais tarde terá de regular a matéria.

Enquanto isto, é de desejar que ninguém assuma, para com instituto de tão interessantes potencialidades, o triste papel de coveiro apressado”.¹²⁰

O receio de invadir a competência legislativa e criar um “super poder” acaba por submeter não só o Poder Judiciário, mas também a Constituição Federal, aos arbítrios e interesses do Poder Legislativo ordinário.

É preciso que o Poder Judiciário se afaste do formalismo tradicional e assuma um papel de responsabilidade para com o texto constitucional. Joaquim Falcão relata muito bem a posição do Poder Judiciário:

... o que caracteriza o poder Judiciário na maioria dos países da América Latina é o não a uma atitude criativa, autônoma e adaptadora da lei estatal. Ao contrário, o que caracteriza é sua inteira submissão. Ou quase inteira. Quase sempre prevalece mecânica implementação da lei estatal. Da lei de qualquer Estado. Mesmo o Poder autoritário (...) Tudo feito em nome de uma aparentemente libertária tripartição dos Poderes e de um neutrismo pseudamente científico do positivismo jurídico-dogmático (...) o poder Judiciário ainda é demasiadamente dependente do Poder Executivo, e operacionalmente pouco eficaz.¹²¹

Concluo o presente trabalho com os brilhantes professores J.J. Gomes Canotilho e Konrad Hesse. Canotilho finaliza:

Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vasar em moldes normativos regras actuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial, se conseguir chegar a uma protecção jurídica sem lacunas; se através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o ‘rochedo de bronze’ da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará seus objectivos.¹²²

¹²⁰ José Carlos Barbosa Moreira, “SOS para o Mandado de Injunção”, in *Jornal do Brasil* em 1988.

¹²¹ FALCÃO *apud* QUARESMA, *op. cit.*, p. 99.

¹²² Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanção de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sávio Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 367.

E a partir do momento em que o rochedo de bronze da incensurabilidade da omissão legislativa passar a se desgastar com a evolução dos julgamentos dos mandados de injunção, a Constituição vai adquirir uma força normativa ainda maior, conforme prega Konrad Hesse:

“o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição (*wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa”.¹²³

¹²³ HESSE, *apud* MACHADO, *op. cit.*, p. 138.

REFERÊNCIAS

- ARRUDA, Alvim. *Manual de Direito Processual Civil: Vol 1*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 63.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas. In: TEXEIRA, Sávio Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel.; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FILHO. Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5 ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, Sucessor, 1979.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *A Jurisdição no Estado Constitucional*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/27.pdf>> Acesso em: 21 set. 2005.

- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- PASSOS, J.J. Calmon de. *Mandado de Segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão de mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- QUARESMA, Regina. *O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais, vol. 2*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.