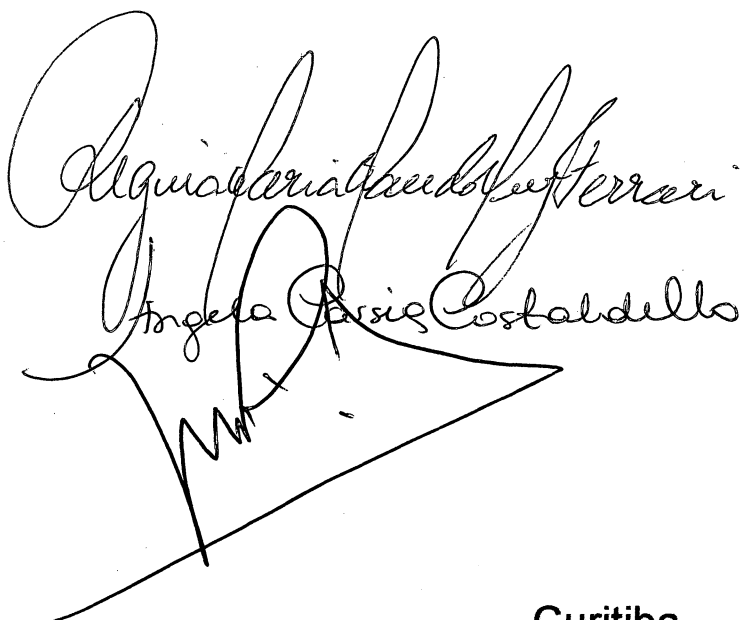


LUCIANE MOESSA DE SOUZA

**Instrumentos judiciais de
controle da omissão inconstitucional
e de concretização dos
direitos fundamentais**



Regina Maria de Macedo Nery Ferrari
Angela Paris Costaldello

Dissertação apresentada como
requisito parcial para a obtenção do
grau de Mestre, ao Curso de
Mestrado em Direito do Estado,
da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Paraná.
Orientadora: **Prof.ª Dr.ª Regina
Maria de Macedo Nery Ferrari**

Curitiba

2000

Coração de estudante...
Há que se cuidar da vida!
Há que se cuidar do mundo!
Tomar conta da amizade...
Alegria e muito sonho
Espalhados no caminho...
Verde, planta e sentimento,
Folhas, coração, juventude... e fé!

Milton Nascimento e Wagner Tiso

AGRADECIMENTOS

A Deus, que nos oferece a todos oportunidades infinitas de aprendizado na Escola da Vida.

Aos meus pais, Paulo e Ana Maria, que viabilizaram em todos os sentidos os meus estudos de graduação longe de casa numa instituição de alto nível como a UFPR, sem os quais eu não teria tido esse acesso privilegiado ao mundo do conhecimento jurídico.

Aos meus professores de graduação que me despertaram o gosto pelo estudo crítico e aprofundado do Direito.

Aos meus professores durante o Mestrado e a todos os amigos e colegas com quem troquei pensamentos e convicções que estão espelhados nesta dissertação.

À minha orientadora, Professora Regina, mulher pioneira, primeira Mestre entre os professores de Direito da UFPR.

A todos que me derem a honra de compartilhar destas páginas, em especial aos Membros da Banca Examinadora, que serão os primeiros a fazê-lo...

SUMÁRIO

I – Apresentação.....	05
II – Os contornos do Estado brasileiro contemporâneo e da Constituição em vigor:...	08
2.1. A República Federativa Brasileira como Estado Democrático de Direito...	08
2.2. A Constituição de 1988 como Constituição dirigente.....	12
2.3. O princípio da supremacia constitucional.....	13
2.4. Efetividade e eficácia das normas constitucionais.....	15
III – A inconstitucionalidade por omissão:.....	25
3.1. Supremacia constitucional e o princípio da igualdade.....	25
3.2. A inconstitucionalidade por omissão.....	35
3.3. As omissões inconstitucionais e os instrumentos de controle no ordenamento jurídico brasileiro.....	40
IV – O controle das omissões inconstitucionais do Poder Público no direito brasileiro: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.....	47
4.1. Origem do instituto.....	47
4.1.1. Direito comparado.....	47
4.1.2. Trajetória durante a Constituinte.....	48

4.2. Natureza jurídica e finalidade.....	52
4.3. Fundamentos.....	54
4.4. Legitimidade ativa e passiva.....	56
4.5. Objeto e efeitos da decisão.....	56
4.6. Procedimento e competência.....	58

V – O resguardo da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais em face das lacunas normativas infraconstitucionais no direito brasileiro: o mandado de injunção.....	59
--	----

5.1. Origem do instituto.....	59
5.1.1. Direito comparado.....	59
5.1.2. Trajetória durante a Constituinte.....	64
5.2. Aplicabilidade.....	71
5.3. Fundamentos:.....	75
5.3.1. Ausência de “norma regulamentadora”.....	77
5.3.2. Direitos, liberdades e prerrogativas protegidos.....	86
5.3.3. Inviabilidade do exercício.....	98
5.4. Finalidade e objeto:.....	99
5.4.1. Declaração da omissão e ciência ao poder omissor.....	102
5.4.2. Viabilização do direito com efeitos <i>inter partes</i>	107
5.4.3. Viabilização do direito com efeitos <i>erga omnes</i>	115
5.4.4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	120
5.5. Parâmetros da decisão.....	127

5.6. Legitimidade ativa.....	130
5.7. Legitimidade passiva.....	133
5.8. Natureza jurídica.....	137
5.9. Natureza da decisão.....	138
5.10. Coisa julgada.....	142
5.11. Procedimento.....	144
5.12. Competência.....	148
5.13. Recursos.....	155
5.14. Execução.....	159
VI – Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental....	162
VII – Conclusões.....	166
VIII – Referências bibliográficas.....	170

I - Apresentação

Em primeiro lugar, importa esclarecer o título desta monografia, para que se lhe possa antever o conteúdo, ambicionando conduzirmo-nos, assim, nos moldes do pensamento dialético, que tem como um de seus postulados o de que a visão do todo é imprescindível à plena compreensão do particular ¹.

Nem sempre a escolha das palavras que possuem a indispensável função de identificar as reflexões trazidas à baila num trabalho científico se faz a contento. Trata-se de mácula da qual fizemos o possível para nos afastar. Mas o maior obstáculo na compreensão, quando se toma algum cuidado na escolha dos significantes, não é este, e sim a imensa variabilidade de referenciais semânticos, isto é, a polissemia, traço da realidade cuja eliminação completa, mormente no campo de conhecimento jurídico, não passa de um ideal no horizonte. Cumprenos, pois, esclarecer o conceito que adotamos de cada um dos termos utilizados.

A opção mais conveniente, no caso, é começar pelo fim: “controle da omissão inconstitucional” e “concretização de direitos fundamentais”. Quanto à primeira expressão, prefere-se o termo “controle” ao termo “fiscalização” unicamente pela sua maior difusão no meio jurídico, tanto forense quanto acadêmico. Em breves palavras, pode-se defini-lo como a resposta jurídica ao descumprimento da

¹ LEANDRO KONDER denomina a este postulado de “lei da interpenetração dos contrários”, de acordo com a qual *“tudo tem a ver com tudo, os diversos aspectos da realidade se entrelaçam e, em diferentes níveis, dependem uns dos outros, de modo que as coisas não podem ser compreendidas isoladamente, uma por uma, sem levarmos em conta a conexão que cada uma delas mantém com coisas diferentes. (...) Os dois lados se opõem e, no entanto, constituem uma unidade (e por isso esta lei já foi também chamada de **unidade e luta dos contrários**”* (in: *O que é dialética*, Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 1981, pp. 58-59, grifos do autor).

Constituição causado por um não agir. Já a segunda expressão tem inspiração nas construções jurisprudenciais do Tribunal Constitucional alemão que, a despeito da inexistência de previsão expressa de um controle da constitucionalidade por omissão na Lei Fundamental de Bonn, arquitetou formas bastante eficientes de fazer valer normas constitucionais, principalmente as que estatuem direitos fundamentais, em caso de ausência da necessária intermediação normativa ou governamental. O processo interpretativo mediante o qual se alcançou este fim foi denominado de **concretização**. Este o sentido em que o vocábulo é aqui utilizado.

Na Constituição brasileira de 1988, diversamente, foram criados dois institutos, duas ações constitucionais, dois “instrumentos judiciais”, enfim, com pressupostos e finalidades aproximadas e cujos contornos jurídicos ainda não foram delineados por completo: a **ação direta de inconstitucionalidade por omissão** e o **mandado de injunção**. Especialmente quanto a este último, há inúmeros pontos obscuros e controversos, motivos de intensos debates no meio doutrinário e jurisprudencial. O título dado a este trabalho antecipa nossa posição numa questão fundamental para a qual muitos não atentaram: **a distinta finalidade das duas ações**. Enquanto a primeira, como se depreende da denominação, visa a reprimir toda ordem de omissões inconstitucionais (legislativas ou governamentais), o segundo distingue-se tanto por referir-se somente a omissões legislativas, quanto por estas deverem dizer respeito a direitos constitucionais e, ainda, por não se fazer necessária a qualificação de inconstitucional da omissão. Sua finalidade última não é, portanto, simplesmente o resguardo da ordem constitucional, embora possa também constituir, na prática, importante instrumento de controle, e sim garantir a

imediate aplicabilidade dos direitos fundamentais, tal como preceitua o primeiro parágrafo do art. 5º do texto constitucional.

Nunca é demais apontar os efeitos práticos da distinção, satisfazendo, assim, aos mais afoitos, que poderiam vislumbrar aí mera “querela acadêmica”. Numa linguagem processualística, o que chamamos de finalidade constitui precisamente o **objeto da ação**, o seu conteúdo, a utilidade que se pleiteia, enfim, o pedido que se formula perante o órgão jurisdicional, o qual define, de consequência, a prestação de “justiça” que por este será dada.

Entendendo que esta prestação de justiça, que se dá através de procedimentos interpretativos, deve ter em conta a origem e a finalidade histórico-social destes novos instrumentos constitucionais, começamos nossa análise pela sua inserção no contexto da teoria e da prática constitucionais. A seguir, passaremos pela descrição dos contornos jurídicos de cada um dos institutos, abordando os diversos entendimentos doutrinários e a posição jurisprudencial dominante a respeito, opinando, ao final, acerca dos inúmeros pontos controvertidos.

II - Os contornos do Estado brasileiro contemporâneo e da Constituição em vigor

2.1. A República Federativa Brasileira como Estado Democrático de Direito

O modelo de Estado de Direito consagrado pela Constituição Federal Brasileira de 1988 não é aquele emergente do constitucionalismo liberal clássico, em que o papel do direito (e, pois, também da Constituição) era eminentemente negativo, limitador da atividade estatal, visando, até a primeira metade do século XIX, tão somente a garantia dos direitos civis (liberdade, propriedade, livre iniciativa) e, na segunda metade deste, dos direitos políticos (sufrágio universal). Naquele quadro histórico, se atribuía ao poder político (e, de conseqüência, ao Direito) uma função prevalentemente protetora da liberdade individual e repressiva das ofensas a esta. A Constituição não era tida, então, como reguladora da sociedade enquanto toda, mas apenas como estatuto político que visava à limitação da atividade do Estado em face da sociedade.

No Estado interventor ou de Bem Estar Social, em que se converteram os Estados contemporâneos ², a partir do reconhecimento constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturais, a separação entre Estado e sociedade civil, dogma do liberalismo clássico, se dilui e aquele passa a desempenhar um papel ativo na

² No Brasil, podemos dizer que o “constitucionalismo social” foi inaugurado com a Constituição de 1934, que já sofreu a influência da Constituição de Weimar. Como informa JOSÉ AFONSO DA SILVA, “ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, *inscreveu um título sobre a ordem econômica e social* e outro sobre a *família, a educação e a cultura*, com normas quase todas

conformação econômica e social. Para a garantia destes direitos coletivos, pressupostos, em realidade, do exercício dos direitos individuais de primeira (civis) e segunda (políticos) gerações - ou dimensões ³ -, o Estado deve ter uma atuação muito mais ampliada que a do antigo Estado mínimo (ou Estado Liberal clássico), que se restringia, da perspectiva do Poder Executivo, basicamente, ao poder de polícia.

Sobre a passagem do Estado Liberal de Direito ao Estado Social de Direito, é lúcido e oportuno o ensinamento de AGUSTIN GORDILLO:

“A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo de fixar-lhe também obrigações positivas, **aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhe agregam finalidades e tarefas às quais antes não se sentia obrigado.** A identidade básica entre Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios. (...) a noção de ‘Estado de Bem-Estar’ veio a operar como um corretivo para a noção clássica de

programáticas”. (in: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 75, grifos do autor).

³ A expressão “gerações” tem sido criticada por alguns constitucionalistas, tendo em vista que o termo pode ensejar a conclusão falsa de que uma geração de direitos substitui a outra, quando, na verdade, elas se complementam. A terminologia alternativa proposta é “dimensões”, que tem um caráter mais abstrato que a primeira, porém salienta a complementariedade. A nosso ver, o termo gerações vem sendo utilizado em virtude de deixar claro que, historicamente, houve categorias de direitos que se firmaram paulatinamente, umas num primeiro momento, vindo a seguir outras categorias, em razão das peculiares necessidades sociais, econômicas e culturais de cada momento histórico. Cumpre, porém, deixar esclarecido que as diversas categorias, certamente, se complementam e não se substituem. Ver, por todos, SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 47.

Estado de Direito, revitalizando-a e atualizando-a, porém, de modo algum, suprimindo-a ou substituindo-a.”⁴.

A questão atine diretamente com a concepção de **igualdade** que sustentou um e outro modelo de Estado. A igualdade garantida pelo Estado de Direito clássico ou liberal tinha um cunho eminentemente **formal**, significando igualdade de tratamento de todos os cidadãos **perante o Estado**. Já o Estado Democrático de Direito ou Estado Social de Direito - fruto do reconhecimento inevitável das desigualdades que permeiam a estrutura social dos países de economia capitalista, agravadas na sua fase industrial - tem a função de promover a **igualdade material** entre todos os cidadãos, sem prejuízo da liberdade individual. Trata-se, aqui, de uma igualdade **através do Estado**. O tema será desenvolvido mais adiante, quando tratarmos dos princípios norteadores da atividade estatal.

Por outro lado, o **princípio da indivisibilidade dos direitos humanos**, reconhecido não apenas pelos estudiosos de direito internacional⁵, mas consagrado em pactos internacionais ratificados pelo Brasil⁶, além de significar que

⁴ *Princípios Gerais de Direito Público*, p. 74, grifos nossos.

⁵ Neste sentido, destaca-se na doutrina brasileira ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1981, pp. 41-43.

⁶ Um exemplo é o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), o qual afirma em seu preâmbulo: “*Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, por motivo de as diferentes categorias de direito constituírem um todo indissolúvel que tem sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, razão pela qual exigem tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua plena vigência, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da observação de outros*”. Mais adiante, ainda no preâmbulo, afirma o texto do mesmo instrumento normativo, ratificado pelo Decreto Legislativo nº 56, de 19 de abril de 1995: “*Recordando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, só pode tornar-se realidade o ideal do ser humano livre, isento de temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como de seus direitos civis e políticos.*”

as diferentes categorias de direitos fundamentais são interdependentes, aponta para a inferência de que os direitos sociais, econômicos e culturais possuem, em face dos individuais, um caráter instrumental, no sentido de que a garantia daqueles é condição *sine qua non* ao exercício destes. Segundo ainda AGUSTIN GORDILLO, “se exacerbamos os direitos individuais em detrimento extremo dos sociais (por exemplo, negando a possibilidade de expropriar terras para realizar uma reforma agrária), estaremos desvirtuando o Estado de Bem-Estar; e se exacerbamos os direitos sociais em prejuízo excessivo e não razoável dos direitos individuais, estaremos violando o regime do Estado de Direito”. Neste sentido também o ensinamento de ANDERSON LOBATO, com esteio na doutrina internacional dominante sobre o tema:

“a dicotomia aparente entre, por um lado, os direitos de primeira e segunda geração, isto é, direitos civis e políticos, que demandariam uma atitude abstencionista por parte do Estado - direitos de natureza negativa; e, por outro lado, os direitos da terceira geração, ou seja, direitos econômicos, sociais e culturais, que, contrariamente, demandariam uma atitude promotora do Estado - direitos de natureza positiva, (...) pode e deve ser superada pelo reconhecimento da **indivisibilidade e interdependência de todos os direitos fundamentais.**”⁷

Alguns exemplos singelos podem tornar cristalina a questão. Como se pode falar, na prática, em exercício consciente do direito de voto sem que tenha sido garantido o direito à educação? Que liberdade de manifestação do pensamento

⁷ GORDILLO, *op. cit.*, p. 78. LOBATO, Anderson. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, nº 28, p. 119.

tem um analfabeto? A garantia efetiva do direito à educação, pode-se dizer, é um pressuposto da própria democracia. O mesmo se pode dizer do direito à saúde, que é, na realidade, um pressuposto de todos os demais. Que direito ou liberdade pode ser exercitado por aquele que, acometido de uma grave doença, não pode ter acesso ao necessário tratamento? Em casos extremos, sequer o direito à vida...

Esperamos, assim, ter deixado claro que, entre os direitos fundamentais, alguns são “mais fundamentais” que outros, razão pela qual, sem a garantia de alguns direitos básicos, os demais não passam de mera retórica.

2.2. A Constituição de 1988 como Constituição dirigente

A satisfação das novas demandas pelo Estado exige, de um lado, um incremento substancial na atuação do Poder Executivo, mediante a prestação de serviços públicos básicos e a implementação de medidas de fomento; de outro, uma ampliação do aparato legal destinado à realização de tais atividades, tanto com o fito de organização da Administração Pública quanto a fim de criar fontes financiadoras das novas demandas.

Mais uma vez, a lição de GORDILLO se mostra útil no deslinde da questão: *“Em geral, a própria essência dos direitos sociais exige, para sua operatividade, a*

*implantação de todo um sistema normativo e institucional, pelo que não só ser suficiente a mera inserção na Constituição de uma ‘garantia social’.”*⁸

Como já restou assinalado, o Estado passa a gozar de uma posição totalmente diversa em relação à sociedade: ao invés da postura de “neutralidade”, que significava, em suma, conservação do *status quo*, passou-se a exigir dele uma reordenação das relações sociais.

Ao novo modelo de Estado corresponde uma nova doutrina constitucional, o “constitucionalismo social”, inaugurado com a Constituição mexicana de 1917, que delineia um novo conceito e um novo papel para as Constituições contemporâneas.

FLÁVIA PIOVESAN, com esteio em KONRAD HESSE e CANOTILHO, ressalta que o novo conceito de Constituição, sobre “*preservar seu núcleo essencial e permanente, que lhe confere a dimensão de regra estrutural do Estado e da sociedade*”, agrega alguns elementos aperfeiçoadores do seu caráter democrático. Assim é que as Constituições contemporâneas se caracterizam pela sua abertura e incompletude, admitidas as mutações constitucionais, bem como por seu caráter prospectivo, sem que isto implique, de qualquer maneira, uma dissolução de sua força normativa⁹. Fala esta constitucionalista, então, na emergência de “Constituições Sociais Constitutivas” em substituição às clássicas “Constituições Liberais Defensivas”¹⁰. Trata-se de conceito equivalente ao mais difundido de “Constituição Dirigente”, formulado por CANOTILHO.

⁸ *Op. cit.*, p. 76.

⁹ *In: Proteção judicial contra omissões legislativas*, pp. 21-24.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 26 e ss.

2.3. O princípio da supremacia da Constituição

Antes de adentrarmos no exame da omissão inconstitucional, cumpre-nos deixar claro o conceito de inconstitucionalidade, fenômeno que decorre do princípio da supremacia da Constituição.

O tema está intimamente ligado à distinção entre Constituições rígidas e flexíveis. As primeiras são aquelas que se colocam num patamar hierarquicamente superior às demais regras do ordenamento jurídico de um determinado Estado. Demandam, assim, um processo especial para sua modificação, no qual são exigidos pressupostos que não precisam estar presentes no procedimento de mudança de outras normas. As segundas são aquelas que se encontram num nível hierárquico similar ao das demais leis integrantes de determinada ordem jurídica.

Tal distinção não se confunde com aquela entre Constituições escritas e costumeiras (ou consuetudinárias). A Constituição inglesa, exemplo clássico de Constituição consuetudinária, embora formalmente flexível, demonstra-se, na prática constitucional, de notória estabilidade, razão pela qual é considerada materialmente rígida.

A Constituição brasileira, escrita e formalmente rígida ¹¹, lamentavelmente não possui a mesma força normativa, o que se pode constatar facilmente pelo

¹¹ Para o processo de emenda constitucional, a Constituição de 1988 exige pressupostos materiais (a proposta não poderá se referir a qualquer das matérias elencadas no art. 60, § 4º) e formais, subdividindo-se estes últimos em: a) quanto à iniciativa (só podem apresentar proposta as pessoas e instituições elencadas no *caput* do art. 60); b) temporais (estabelecidos no art. 60, § 1º); e c) quanto ao quórum (que deverá ser o previsto no art. 60, § 2º).

cotidiano desprestígio de suas regras pelos Poderes Executivo e Legislativo e, algumas vezes, até pelo próprio Judiciário, não somente através dos numerosos exemplos de administração, legislação e decisões judiciais conflitantes com a Constituição, mas também pela “síndrome da mudança constitucional”, manifesta pelas constantes propostas de modificação do texto da Carta Magna, e, principalmente, pela omissão no cumprimento de seus preceitos.

Cumpra aos operadores jurídicos a tarefa de resgatar a dignidade da Constituição brasileira, indo ao socorro daqueles que desesperadamente anseiam pelo cumprimento da “Constituição cidadã”, transformando aquela que foi chamada, com justiça, por REGINA QUARESMA de “Constituição-espetáculo”¹² em Constituição de fato.

2.4. Efetividade e eficácia das normas constitucionais

Pode-se falar em eficácia das normas jurídicas sob diferentes prismas: eficácia jurídica e eficácia social. O primeiro corresponde à aptidão para produzir efeitos jurídicos e constitui condição para a produção da eficácia social. Equivale, em última análise, ao conceito de aplicabilidade. O segundo significa a produção de efeitos no mundo dos fatos, sendo sinônimo de efetividade.

A eficácia jurídica possui dois aspectos distintos:

¹² “O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão”, p. 01.

1º) **Eficácia positiva ou de aplicação:** consiste na possibilidade do destinatário da norma exigir juridicamente o seu cumprimento integral e imediato, usufruindo assim da “situação subjetiva de vantagem por ela outorgada”, vale dizer, da possibilidade “de compelir o Poder Público ou o particular a cumprir o comando da norma” ¹³.

2º) **Eficácia negativa ou de vinculação:** consubstanciada na virtude de proibir a prática de atos contrários ao comando da norma, especialmente os legislativos. “É uma eficácia paralisante da validade das normas que com ela conflitam, compelindo o legislador a não seguir caminho inverso daquele por ela traçado.” ¹⁴

Da segunda são dotadas todas as normas constitucionais, vinculando negativamente o legislador. Se este editar quaisquer atos que conflitem com tais normas, eles serão tidos como inconstitucionais e, assim, juridicamente inválidos. Também o Executivo está impedido de praticar atos que afrontem tais normas. Por fim, deverá o Poder Judiciário, em suas decisões, utilizá-las como diretriz de interpretação dos assuntos nelas tratados.

O primeiro marco no reconhecimento de uma gradação de eficácia (jurídica) das normas constitucionais se deu com a jurisprudência e doutrina norte-americanas no século XIX. Naquele momento, surgiram duas teorias classificando as normas constitucionais. A primeira delas afirmava que as normas constitucionais tinham diferentes graus de imperatividade: haveria, de um lado, *mandatory*

¹³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*, p. 40.

¹⁴ *Idem*.

provisions, cujo cumprimento era obrigatório, de conteúdo vinculante para os seus destinatários; de outro, haveria *directory provisions*, as quais poderiam ou não ser observadas pelo legislador ordinário. Da primeira categoria seriam todas as normas materialmente constitucionais; da segunda, aquelas que fossem apenas formalmente constitucionais ¹⁵.

A segunda teoria foi formulada por THOMAS COOLEY, sendo seguida, no Brasil, por RUI BARBOSA. Em primeiro lugar, COOLEY rejeitava a classificação anterior, não aceitando “qualquer hierarquização das normas constitucionais”, pois “todas possuíam idêntica força cogente” ¹⁶. É dele a assertiva, em seu *Treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of American Union*, de que “Não podemos esperar que se encontrem na Constituição preceitos que o povo não tenha considerado de alta importância e dignos de figurar num instrumento que se destina a controlar igualmente o governo e os governados e a constituir a justa medida dos poderes conferidos” ¹⁷. Em segundo lugar, elaborou a classificação que dividia as normas constitucionais em *self executing* e *not self executing*, conforme fossem ou não dotadas de aplicabilidade imediata. PONTES DE MIRANDA preferia denominá-las normas *bastantes em si* e normas *não bastantes em si*, adotando, porém, os mesmos fundamentos.

¹⁵ Normas materialmente constitucionais são aquelas que têm “conteúdo tipicamente constitucional”, ou seja, preceitos que disponham sobre: a) a estrutura e o controle do Estado (forma de Estado, forma de governo, eleições, distribuição de competências, etc); b) direitos fundamentais. Repelimos aqui a doutrina que afirma serem estes apenas limites à ação do Estado, pois, como vimos, neste conceito encaixam-se apenas os direitos individuais ou de primeira geração.

Normas formalmente constitucionais são todas aquelas que, apesar de não disporem sobre matéria tipicamente constitucional, estão previstas no texto da Constituição.

¹⁶ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*, p. 43.

¹⁷ *Idem*.

Sob a Constituição italiana de 1948, de conteúdo marcadamente social democrático, travou-se intenso debate, do qual resultaram frutíferas elaborações doutrinárias acerca do tema da aplicabilidade das normas constitucionais. Neste panorama, duas teorias contrapostas se destacam: a elaborada por GAETANO AZZARITI e a formulada por VEZIO CRISAFULLI.

Do primeiro a asserção de que haveriam normas constitucionais destituídas de cunho impositivo, vinculante. Para ele, existiriam na Constituição três categorias de normas: a) **normas preceptivas**, obrigatórias para seus destinatários e de aplicação imediata; b) **normas preceptivas dependentes de integração**, também de cumprimento obrigatório, porém dependentes de intermediação legislativa; c) **normas diretivas**, endereçadas ao legislador, não em caráter impositivo, mas meramente indicativo, não resultando de sua inobservância qualquer sanção jurídica.

A tese de que haveriam na Constituição italiana normas meramente diretivas foi adotada em diversas decisões da Corte de Cassação Penal italiana, bem como pelo Tribunal Penal de Roma. Não poderíamos deixar de citar a observação de ROBERTO PFEIFFER, no sentido de que a Constituição italiana de 1948, realizada no pós-guerra, tinha nítido conteúdo "*pós-liberal (...), prevendo direitos de índole social e prestações positivas para o Estado, além de ressaltar a importância das garantias e liberdades individuais, sendo contraposta ao fascismo*"¹⁸. Referida Carta instituiu o Tribunal Constitucional italiano como corte incumbida de realizar o controle de constitucionalidade das leis. Entretanto, este só veio a ser constituído

vários anos depois da promulgação da Constituição, tendo suas funções, neste interregno, sido exercidas pelas demais Cortes e Tribunais. Como estas eram compostas de *“juizes nomeados durante o período autoritário, com o qual estavam bastante comprometidos, muitas de suas decisões visavam a desprestigiar a nova ordem constitucional”*¹⁹.

CRISAFULLI, de seu turno, entendia que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica, umas em maior, outras em menor grau. Nesta linha de raciocínio, classificou-as em: **normas imediatamente preceptivas**, **normas de eficácia diferida** e **normas programáticas**. As primeiras regulam diretamente relações entre particulares; as segundas demandam integração normativa e atuação material posterior; e as últimas estabelecem programas de ação, com caráter vinculante, para os órgãos estatais²⁰.

No Brasil, coube a JOSÉ AFONSO DA SILVA o mérito de elaborar a classificação consagrada, a nível doutrinário e jurisprudencial, das normas constitucionais quanto à aplicabilidade. Para ele, sob este prisma, as normas constitucionais podem ser: de **eficácia plena**, de **eficácia contida** e de **eficácia limitada**. As duas primeiras têm aplicabilidade imediata, diferenciando-se a segunda por poder ter sua eficácia restringida por legislação infraconstitucional. O terceiro tipo não é auto-aplicável, exigindo intermediação normativa ou material infraconstitucional. Subdivide-se em: a) normas de princípio institutivo, consistentes naquelas em que o *“legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e*

¹⁸ *Op. cit.*, p. 44.

¹⁹ *Idem.*

atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei” ; e b) normas de princípio programático, que seriam aquelas em que o constituinte, ao invés de “regular direta e imediatamente determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios, para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado” ²¹.

Todas elas, ressalta ele, produzem eficácia jurídica. Ocorre que, enquanto as normas de eficácia plena e de eficácia contida produzem tanto uma eficácia negativa quanto positiva, as de eficácia limitada somente produzem eficácia negativa. Por esta entende-se a derrogação de todo o direito positivo anterior com elas incompatível, bem como o fato de que “*carreiam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, se com elas incompatíveis*” ²². Lembra LUÍS ROBERTO BARROSO, ainda, os efeitos subjetivos produzidos pelas normas programáticas:

“conferem ao administrado, de imediato, direito a: (a) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional; (b) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por elas protegidos.”

²⁰ *Apud* PIOVESAN, Flávia C., *op. cit.*, pp. 54-56.

²¹ *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 129.

²² BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 113.

CELSONE RIBEIRO BASTOS e CARLOS AYRES BRITTO elaboraram classificação nos mesmos moldes, adotando, embora, terminologia diversa. Dotadas de “eficácia jurídica de vinculação e de aplicação plena” seriam as **normas de mera aplicação** (que podem ser regulamentáveis ou não) e as **normas de integração restringíveis** (que demandam expressa referência constitucional). Já as **normas de integração completáveis** seriam dotadas apenas de eficácia jurídica de vinculação.²³ As primeiras correspondem, na classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA, às normas de eficácia plena; as segundas, às de eficácia contida; e as terceiras, às de eficácia limitada. Quanto à diferença de terminologia, o único ponto que reputamos digno de nota é o de que o termo “restringível” mostra-se mais apropriado do que o termo “contida”, pois, na realidade, a eficácia não é contida, mas “passível de ser contida” ou, em síntese, “restringível”.

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR constrói também classificação digna de menção. Fala ele em distintas “funções eficaciais” das normas constitucionais, às quais corresponderiam diferentes métodos de interpretação. A primeira é a “função eficaz de bloqueio”, que é típica das normas que visam impor limites à ação do Estado, gerando uma competência legislativa negativamente vinculada. A segunda é a “função eficaz de resguardo”, que corresponde a muitas das normas que compõem o rol dos direitos sociais, e gera uma competência legislativa positivamente vinculada quanto aos fins, cabendo ao legislador ordinário encontrar os meios adequados. Por fim, há também a “função eficaz de programa”, que “se refere a normas que impõem ao Estado prestações positivas que exigem uma

¹⁹ *Interpretação e aplicação das normas constitucionais* apud MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. “Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica”, RDP 97:217-

*atuação do legislador ordinário no sentido de orientar-se para concretização de programas considerados politicamente desejáveis.”*²⁴ Discordamos, todavia, deste autor, quanto à natureza desta função eficaz de programa. Por ora, contudo, referiremos apenas o seu pensamento, cuja crítica faremos mais adiante, ao tratarmos do objeto do mandado de injunção. Assim, para ele,

“A função eficaz de programa postula para certas normas constitucionais (chamadas programáticas) uma competência legislativa de qualificação negativamente vinculada. Isto é, o legislador goza de uma competência presumidamente legítima para ele próprio articular e qualificar o interesse público programado numa direção não necessariamente solidária com os meios atualmente existentes. Como não se postula, nesse caso, uma solidariedade entre meios e fins, a responsabilidade legislativa pela emanção de normas capazes de dar concreção aos programas instituídos tem caráter condicional. Isto é, por mais imperiosos que sejam os fins estabelecidos na norma programática, o legislador se sente autorizado a aguardar o momento oportuno para sua ação legislativa. Ele não pode, é verdade, atuar no sentido oposto ao programa (vinculação negativa), mas não pode ser forçado a atuar em caso de omissão. Do ângulo das condições técnicas, devemos falar então em eficácia limitada e, do lado das condições sociais, de uma eficácia parcial.”

25

8.

²⁴ “Aplicabilidade e Interpretação das Normas Constitucionais” *in: Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*, pp. 17-8.

²⁵ *Op. cit.*, p. 18.

Por fim, parecem-nos ainda merecer referência as classificações elaboradas por MARIA HELENA DINIZ e PINTO FERREIRA, que criam uma outra categoria para as normas constitucionais insuscetíveis de modificação, vale dizer, as denominadas “cláusulas pétreas” do art. 60, § 4º da nossa Carta Magna.

MARIA HELENA DINIZ fala em: a) normas com eficácia absoluta (cláusulas pétreas); b) normas com eficácia plena (correspondem à mesma categoria de JOSÉ AFONSO DA SILVA, com a exclusão daquelas abrangidas na categoria anterior); c) normas com eficácia relativa restringível (normas de eficácia contida, na classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA); d) normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação (normas de eficácia limitada, na classificação do mesmo autor).

Às mesmas categorias citadas PINTO FERREIRA denomina: a) normas de eficácia absoluta; b) normas de eficácia plena; c) normas de eficácia contida; d) normas de eficácia limitada.

Pode-se notar nas referidas classificações que a categoria mais controvertida é a das normas de “eficácia contida” (na terminologia de JOSÉ AFONSO DA SILVA). Enquanto para alguns autores (v. g. CELSO BASTOS e AYRES BRITTO), elas se aproximam mais das normas de “eficácia plena” (também na terminologia de JOSÉ AFONSO), por serem passíveis de aplicação imediata, para outros (v. g. MARIA HELENA DINIZ), elas se aproximam mais das normas de “eficácia limitada” (sempre adotada a terminologia do mesmo autor), por serem ambas passíveis de regulamentação. A nosso ver, a primeira posição é a mais correta, pois, em

realidade, mesmo as normas de eficácia plena podem ser regulamentadas, se assim entender conveniente o legislador. O ponto fundamental na distinção, em uma classificação que se funda na eficácia jurídica, é a possibilidade ou não de aplicação imediata.

De outra parte, a criação de uma outra categoria para as normas insuscetíveis de modificação nos parece também incompatível com este critério de classificação, pois aqui se está a tratar de aplicabilidade, não de suscetibilidade de mutação.

Embora existam muitas outras, cremos que as classificações elencadas foram suficientes para deixar claro o tema dos distintos graus de eficácia jurídica das normas constitucionais.

Assim posto, podemos concluir que, das categorias estudadas, aquela que contém normas suscetíveis de constituir fundamento, quer de ação de inconstitucionalidade por omissão, quer de mandado de injunção, é a das normas constitucionais de eficácia limitada, na terminologia de JOSÉ AFONSO DA SILVA.

III – A inconstitucionalidade por omissão

3.1. Supremacia constitucional e o princípio da igualdade

No quadro de um Estado Democrático de Direito, como é o Estado brasileiro (art. 1º da CF/88), a **atribuição de um poder** aos entes públicos se dá sempre em razão de uma **finalidade pública** a desempenhar, diretamente vinculada à satisfação de determinados direitos fundamentais, e significando, portanto, dever de atuar, sob pena de inconstitucionalidade por omissão. A distribuição do poder estatal se faz mediante a atribuição de **competências** aos seus diferentes órgãos, quer legislativos, quer executivos, quer jurisdicionais.

A natureza jurídica das competências, tanto legislativas quanto materiais, é, portanto, perfeitamente subsumível à categoria das **funções**. Alguns autores, contudo, especialmente de direito tributário e no que tange a esta espécie de competência (as tributárias), referem-se a competência como “prerrogativa”, “faculdade”, “aptidão”²⁶.

ROQUE CARRAZZA chega a elencar a **facultatividade** como um dos caracteres intrínsecos das competências tributárias. Para este autor, “os dispositivos constitucionais que conferem às pessoas políticas competências tributárias não as obrigam a exercitá-las: apenas permitem-lhes que o façam.”²⁷ Ora, é bastante duvidosa a aplicabilidade do conceito jurídico de faculdade no

²⁶ Ver, por todos, Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, p. 142.

²⁷ In: *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 337.

campo do direito público, que se encontra permeado pelos princípios da legalidade, da indisponibilidade dos interesses públicos e da constitucionalidade. Varia, certamente, a preponderância destes princípios conforme se trate de uma ou outra das funções do Estado, mas não a ponto de se falar em “faculdades” do poder público. Fazemos nossas as palavras de ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, em interessante artigo sobre a inconstitucionalidade por omissão: “a *Carta Magna de um Estado contém um conjunto de normas positivas que exigem do Estado e dos seus órgãos uma ação que tanto pode traduzir-se na edição de uma lei, na prática de um ato, como em outra medida qualquer. Trata-se, pois, de missão constitucional que se reveste das características de ‘poder-dever’, com todas as conseqüências decorrentes desta conotação.*”²⁸

Ao discorrer sobre o princípio da legalidade, CARRAZZA deixa entrever a sua concepção voltada apenas para o ângulo passivo do princípio:

“O *Estado de Direito limita* os poderes públicos, isto é, concretiza-se numa proibição de agir em desfavor das pessoas. Por isso, nele, para a melhor defesa dos direitos individuais, sociais, coletivos e difusos, **a Constituição vincula, não só o administrador e o juiz, mas o próprio legislador.** De fato, **tais direitos são protegidos também diante da lei**, que deve se ajustar aos preceitos constitucionais. A garantia disso está no controle da constitucionalidade que, na maioria dos ordenamentos, é levado a efeito pelo Poder Judiciário.”²⁹

²⁸ In: *Revista de Informação Legislativa* nº 89, pp. 51-2.

²⁹ *Op. cit.*, p. 149.

Semelhantes teorias certamente tiveram uma relevância histórica no momento da revolução burguesa contra o Estado Absolutista monárquico em fins do século XVIII. E não se deve descartar, ainda hoje, como já afirmado por GORDILLO, o papel do Direito na limitação das atividades do Estado, dirigida à **forma de exercício do poder**, que deve obedecer aos trâmites constitucionalmente previstos. Ocorre que, hoje, as Constituições dirigentes impõem também o **conteúdo material**, as **finalidades dos poderes públicos**. Neste passo, prevêem programas e consagram direitos que exigem integração normativa infraconstitucional. Em tais casos, o legislador não possui a faculdade, mas sim o dever de completar a norma constitucional. Diferem fundamentalmente tais hipóteses daquelas em que se atribuem competências genéricas, insuficientes para a configuração de uma omissão inconstitucional, conforme nos ensina CANOTILHO

30

Não existe, contudo, nenhum estudo que realize um enfrentamento específico da questão. A nosso ver, trata-se de um posicionamento anacrônico de doutrinadores tributaristas, que olvida a transformação operada na concepção de Estado de Direito pela teoria e prática constitucionais contemporâneas.

São pertinentes, aqui, as palavras de NORBERTO BOBBIO ao refutar o pensamento de um expoente do liberalismo clássico, THOMAS IUS:

“el Derecho se caracteriza por el hecho de obtener su propio fin (que es esencialmente protector) a través de la emisión de *mandatos negativos* (...)

³⁰ *Direito Constitucional*, pp. 1100-1.

Thomasius consideró al Derecho como un conjunto de normas negativas (que, además, se resumían sustancialmente en el precepto *neminem laedere*) para ofrecer un criterio sencillo y limpio que sirviera para distinguir las normas jurídicas de otras normas, como las de la moral individual y de la moral social.

Como todas las teorías reduccionistas (y la thomasiana es particularmente simplista), la teoría que ve en el Derecho un conjunto de normas de un solo tipo (en este caso, las normas negativas) es manifiestamente falsa. Pero es tan manifiestamente falsa que estimula a mirar lo que había detrás. Lo que ocultaba era la idea de que se debe adscribir al Derecho, precisamente para distinguirlo de la moral, una función eminentemente protectora. (...)

Thomasius cometió el error de presentar como una teoría del Derecho, como una determinación filosófica de la esencia del Derecho, lo que en realidad era un ideal político, o, como hoy diríamos, una ideología. (...)

No habría merecido la pena volver a **exhumar la teoría de Thomasius**, hoy universalmente olvidada, sí no fuera porque **puede ser sobreentendida en todas las teorías que sucesivamente se inspiraron en el ideal del Estado liberal clásico**".³¹

A atividade estatal - é sabido - se caracteriza por um regime jurídico peculiar, marcado por alguns princípios constitucionais fundamentais.

³¹ "Hacia una teoría funcional del derecho" in *Contribución a teoría del derecho*, p. 368-9.

Sob o ponto de vista **formal**, nas atividades **administrativa** e **judicial**, impera o **princípio da legalidade**, pois o seu fundamento imediato há de ser sempre a lei (e mediato a Constituição). Daí os já consagrados instrumentos de controle da legalidade e, na medida em que não atente com o espaço de discricionariedade deixado pelo legislador, da própria finalidade, quer por ação, quer por omissão: *habeas corpus*, mandado de segurança, ação popular, ação civil pública.

A **atividade legislativa**, por ter caráter primário em relação às demais, eis que fundante da legalidade, é dotada de um espaço maior de “liberdade de conformação”, liberdade também limitada, todavia, do ponto de vista **formal**, pelo **princípio da constitucionalidade**. Para FLÁVIA PIOVESAN, o “princípio da constitucionalidade da ação do Estado” significa que “*a vinculação dos poderes públicos à realização da Constituição impõe tarefa positiva de concretização e desenvolvimento do direito.*”³² Daí por que nossa Constituição estrutura um sistema de controle da constitucionalidade da atuação legislativa, não apenas em sua feição positiva - correspondente às necessidades do Estado liberal, cuja legislação e atuação material deviam apenas abster-se de interferir na esfera dos direitos individuais -, mas também, e de forma bastante sofisticada, se comparado a outros países, o controle de constitucionalidade negativo, pois **a Constituição do Estado Social traz consigo diversos deveres de atuar e de legislar**, para conferir efetividade plena à Constituição.

³² “Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais” in: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 37, p. 71.

Para muitos doutrinadores, atribuir efeitos concretos ao controle da omissão inconstitucional pelo Poder Judiciário pode redundar em violação ao princípio da separação de poderes. A estes, lembra com propriedade FLÁVIA PIOVESAN que, **tratando-se de uma opção entre a separação de poderes e a supremacia da Constituição, haverá sempre ser este último o princípio a prevalecer, eis que, afastado ele, a própria separação de poderes restaria suprimida.** Também MARIA GARCIA ressalta que esta não é a única exceção ao princípio da separação de poderes inscrita no texto constitucional.³³

Sob o prisma finalístico ou **material**, por outro lado, assim como a atividade do administrador é guiada pelo princípio da **finalidade**, a atividade do legislador é guiada pelo princípio da **igualdade**, razão pela qual o exame do “conteúdo jurídico do princípio da igualdade”, para utilizar a expressão lapidada por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, em seu brilhante estudo sob o mesmo título, é indispensável.

De fato, a realização da igualdade de oportunidades é, para o Estado Social, o meio por excelência na busca da liberdade plena, entendida esta em sua dimensão material. E a elaboração de Constituições dirigentes, conferindo aos direitos coletivos o caráter de supremacia e rigidez de que são dotados os dispositivos constitucionais, é um passo significativo rumo à universalização dos direitos fundamentais. Ocorre que, como vimos, as normas constitucionais são dotadas de diferentes graus de aplicabilidade. Não por acaso, é exatamente na

³³ “Os efeitos do mandado de injunção e o princípio da separação de poderes” *in: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* nº 03, p. 82.

seara dos direitos coletivos que se encontra o maior número de normas de eficácia diferida, exigentes de colaboração legislativa e governamental posteriores para que produzam efeitos concretos (efetividade).

A aplicabilidade dos direitos fundamentais está, pois, diretamente relacionada ao controle da omissão inconstitucional. No que pertine à omissão legislativa, o célebre constitucionalista português GOMES CANOTILHO, na sua tese de doutoramento, trouxe contribuições inestimáveis para a questão. São dele as conclusões que seguem: “A problemática dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos a prestações, vem introduzir uma importante viragem nas relações materiais entre a lei e a constituição: *a lei move-se dentro do âmbito dos direitos fundamentais e considera-se como exigência de realização concreta de direitos fundamentais.*”³⁴

É de se reconhecer, assim, que **os princípios da legalidade e da constitucionalidade, de carácter predominantemente formal, são o instrumento de realização do princípio da igualdade, de cunho material**³⁵ e que constitui o valor máximo a ser prestigiado tanto pelo constituinte quanto pelo legislador.

³⁴ *Constituição dirigente e vinculação do legislador: um contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, p. 483, grifos no original.

³⁵ Pretendemos deixar claro, assim, que os referidos princípios possuem carácter de complementariedade em relação uns com os outros: na atividade administrativa, devem estar presentes simultaneamente os princípios da legalidade e da finalidade (expressão nesta seara do princípio da igualdade); na atividade legislativa, devem ser respeitados tanto o princípio básico da constitucionalidade quanto o da igualdade; sendo que, em ambas, o primeiro é justamente o instrumento posto à disposição do segundo.

Distingue CANOTILHO entre a **igualdade perante a lei** e a **igualdade através da lei**. A doutrina jurídico-constitucional, ensina ele, interpretou inicialmente o princípio da igualdade no primeiro sentido:

“exigência dirigida ao juiz legal e às autoridades administrativas no sentido de se assegurar formalmente uma igual aplicação da lei a todos os cidadãos. A igualdade perante a lei confundia-se, de certo modo, com o princípio objectivo da prevalência da lei (...). Igualdade na aplicação do direito é, porém, mais do que uma positivística igualdade de aplicação da lei: *é igualdade através da lei*. Igualdade nos encargos (igualdade na tributação, igualdade nas medidas legais inerentes na liberdade e na propriedade), assinalou a doutrina liberal; igualdade nas vantagens (ex.: igualdade nas subvenções), assinala a doutrina do Estado Social.

Reduzir, porém, o princípio da igualdade a uma refacção do princípio da legalidade (com minimização da dimensão subjectiva do direito à igualdade) e a um mecanismo de *aplicação igual do direito* significa encobrir o problema fundamental da igualdade: *aplicação igual do direito igual*. A primeira dimensão (aplicação igual do direito) seria e será suficiente quando a lei contém direito igual; a segunda dimensão (criação de direito igual) ganha particular acuidade quando não há direito igual e a lei tem de o criar. No último caso, a igualdade é direito à igualdade através da lei. Em termos clássicos: por igualdade entende-se *igualdade em sentido formal e igualdade em sentido material*.”³⁶

³⁶ *Op. cit.*, p. 381, grifos no original.

A igualdade reduzir-se-ia ao primeiro sentido, ressalta ele, se se partir da premissa de que o princípio da isonomia tem “*exclusiva função normativo-jurídica*”, negando-se a este uma função social. Para o ilustre constitucionalista, ao contrário, a “*função de impulso e a natureza dirigente do princípio da igualdade aponta para as leis como um meio de aperfeiçoamento da igualdade através da eliminação das desigualdades fácticas.*”³⁷ Por uma interpretação sistemática da Constituição Portuguesa, entende ele, assim, que o princípio constitucional da igualdade deve ser interpretado como “*uma imposição positiva heterónoma, cujo não-cumprimento justifica a sanção da inconstitucionalidade por violação do dever constitucional de compensação da desigualdade de oportunidades.*”³⁸

No caso da Constituição brasileira, uma posição a respeito há de ter em conta, em primeiro lugar, o que dispõe o art. 3º, ao estabelecer os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a serem atingidos mediante a colaboração dos três “poderes” e das três esferas da Federação; num segundo momento, o que dispõem os Títulos VII e VIII e o Capítulo II do Título II, da Carta, que consagram direitos sociais, econômicos e culturais. Na doutrina portuguesa, a conclusão - relata CANOTILHO - não é unívoca, tendendo-se a conferir ao princípio da igualdade uma função meramente acessória e não o teor de uma “imposição constitucional originária” dirigida ao legislador³⁹.

³⁷ *Op. cit.*, p. 383, grifos no original.

³⁸ *Op. cit.*, p. 384, grifos no original.

³⁹ “A outra das orientações prefere admitir uma *exigência de actuação relativa*, baseada no princípio da igualdade. Quando determinados *Tatbestände*, essencialmente iguais aos que já foram objecto de regulamentação legal, ficam inconsiderados, o princípio da igualdade passaria a exigir para eles a emanção de uma disciplina legal igual à estabelecida para os casos já regulados. (...) diz-se que censurável pode ser não o acto legislativo em si, mas o esquecimento de outros *Tatbestände* em situações rigorosamente iguais às previstas na regulamentação legal.” (pp. 386-7).

Transpondo-se tal entendimento para a realidade jurídico-constitucional brasileira e considerando-se que aos “poderes” Executivo e Judiciário somente incumbe, em última análise, a aplicação da lei, a atuação do legislador - pode-se concluir desde logo - parece imprescindível ao atingimento de objetivos como: “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*” ou “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais*” (incisos I e III do citado art. 3º da CF/88).

O tema diz diretamente com a questão da imperatividade do direito constitucional positivo, bem ressaltada pelo Prof. CLÊMERTON MERLIN CLÈVE:

“A compreensão (...) da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento da supremacia da Constituição na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) essa referida qualidade. A supremacia, diga-se logo, não exige apenas a compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os seus comandos definidores do modo de produção das normas jurídicas, mas também a observância de sua dimensão material.”⁴⁰

RICARDO LOBO TORRES toca, de passagem, na questão, no seu estudo sobre as imunidades e isenções e o princípio da isonomia:

“a desigualdade por omissão de legislar **nem sempre** significa discriminação odiosa, senão que se compreende no campo legítimo da não-incidência e do espaço ajurídico, à espera da decisão discriminatória do legislador, que preencha o vazio normativo. Se, entretanto, **da omissão resultar distinção**

infundada, principalmente no campo dos incentivos fiscais, a desigualdade poderá provocar o preenchimento judicial da lacuna (...) ou a própria integração analógica.”⁴¹

Conclui-se, assim, que, se, por um lado, é certo poder-se falar em **discricionariedade do legislador no caso de matérias ainda não tratadas pelo direito constitucional positivo**, é preciso indagar se, na hipótese contrária, isto é, na situação de **necessidade de concretização de normas constitucionais, especialmente aquelas que consagram direitos fundamentais** (que poderão ser pleiteados no caso concreto via mandado de injunção), **não se encontraria uma atividade legislativa vinculada, constituindo a emanção da norma um direito público subjetivo fundamental**. Em outras palavras, importa perquirir se (e em que medida), da mesma forma que incumbe ao administrador realizar aquilo que se encontra determinado em lei, sob pena de violação do princípio da igualdade, não estaria o legislador no **dever de realizar o que se encontra determinado pela Constituição**.

3.2. A inconstitucionalidade por omissão

O princípio da constitucionalidade, como já dito, deve nortear todas as ações do legislador, que não podem jamais conflitar com o que estabelece a Constituição do país. Para sermos mais exatos, poderíamos dizer que, a rigor, o princípio da

⁴⁰ *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade das Leis no direito brasileiro*, p. 21.

⁴¹ *Os Direitos Humanos e a Tributação*, p. 274, grifos nossos.

constitucionalidade deve nortear toda a atuação do legislador, em suma, toda a função legislativa, pois não somente por ação se viola o texto constitucional, mas também por omissão.

Vamos nos valer, neste passo, das preciosas lições de VITAL MOREIRA e CANOTILHO:

“O princípio da constitucionalidade não diz respeito apenas às acções do Estado; abrange também as omissões ou inacções do Estado. A Constituição não é somente um conjunto de normas proibitivas e de normas de organização e competência (limite negativo da actividade do Estado): é também um conjunto de *normas positivas* que exigem do Estado e dos seus órgãos uma actividade, uma *acção* (limite positivo da actividade do Estado). O incumprimento dessas normas, por inércia do Estado, ou seja, por falta total de medidas (legislativas e outras) ou pela sua insuficiência, deficiência ou inadequação, traduz-se igualmente numa infracção da Constituição: *inconstitucionalidade por omissão*.”⁴²

Portanto, além do dever de não editar atos inconstitucionais, o legislador tem o dever de regulamentar a Constituição, sob pena de recair na inconstitucionalidade por omissão.

Para CANOTILHO, para que se configure uma omissão inconstitucional, é necessária a identificação de um dever específico de legislar, oriundo de uma

⁴² *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 263 *apud* PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, *op. cit.*, pp. 63-4.

previsão constitucional inequívoca neste sentido. Vejamos: “As omissões legislativas inconstitucionais derivam do não cumprimento de **imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito**, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da Constituição.”⁴³ Não basta, assim, a enunciação de objetivos ou competências genéricas, que estariam, portanto, compreendidas no espaço de “liberdade de conformação” deixado intencionalmente pela Constituição ao legislador.

Também JORGE MIRANDA se debruçou sobre o tema, delineando os pressupostos para que se configure a omissão inconstitucional: “a) que o não-cumprimento da Constituição derive da violação de certa e determinada norma; b) que se trate de norma constitucional não exeqüível por si mesma; c) que, nas circunstâncias concretas da prática legislativa, faltem as medidas legislativas necessárias para tornar exeqüível aquela norma.”⁴⁴

A inconstitucionalidade por omissão não é peculiaridade da prática constitucional brasileira, mas constitui, lamentavelmente, fenômeno comum a diversos países. KARL LOEWENSTEIN chega a falar em “ ‘desvalorização da Constituição na Democracia Ocidental’”, já que, mesmo nos Estados com tradição normativa, a Constituição já não seria tão escrupulosamente observada como

⁴³ *Direito Constitucional*, Coimbra, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1991, p. 829, grifos do autor.

⁴⁴ *Manual de Direito Constitucional*, vol. 2, Coimbra: Coimbra Ed., 1988, p. 403 *apud* PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, p. 68. Lembra, com propriedade, este último autor que, no direito brasileiro, não somente a omissão legislativa pode ser qualificada de inconstitucional, mas também a omissão de medida normativa por parte do Executivo.

antes.”⁴⁵ No que tange à inconstitucionalidade por omissão, ele cita alguns exemplos paradigmáticos:

- a) Na Itália, o Tribunal Constitucional, incumbido do controle da constitucionalidade das leis, foi criado pela Constituição de 1948; no entanto, ele demorou 8 anos para ser implantado, dada a ausência de interesse do Legislativo e do Executivo.
- b) A mesma Constituição italiana estabeleceu a divisão do país em regiões, havendo inclusive entre as disposições transitórias a previsão do prazo de um ano para que isto ocorresse; entretanto, até 1970, a divisão não havia sido realizada.
- c) Na antiga Alemanha Ocidental, a Lei Fundamental de Bonn, promulgada em 1949, determinou a edição de lei para regular a ordem interna dos partidos políticos; até 1970, tal lei não havia sido editada.

Poderiam ser citados outros numerosos exemplos, como, no Peru, a criação da ação popular pela Constituição de 1933, a qual, todavia, ficou sem regulamentação até 1963.

No direito brasileiro, entre muitos outros casos, podemos citar:

- a) o direito dos trabalhadores à participação nos lucros das empresas, que, previsto no texto constitucional desde a Carta de 1946, somente veio a ser regulamentado em 1998 e, ainda assim, através de Medida Provisória;

⁴⁵ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, *op. cit.*, p. 64.

- b) a mesma Constituição de 1946 previa a edição da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, a qual somente veio a ser promulgada em 1961;
- c) a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que tratava do processo de fiscalização do Poder Legislativo sobre os atos do Poder Executivo, somente veio a ser regulamentada neste ponto em 1984.

Sob a Constituição de 1988, destacaremos alguns dos inúmeros exemplos no tópico seguinte. Por ora, cumpre-nos referir a pertinente observação de ROBERTO PFEIFFER no que tange à presença de tantos casos de normas carentes de regulamentação infraconstitucional na Carta de 1988. Relata ele que:

“durante o processo constituinte, notabilizado por imensa mobilização popular e caracterizado por um equilíbrio entre as forças, em inúmeras matérias polêmicas previa-se genericamente determinado dispositivo, remetendo-se à legislação complementar ou à ordinária, não somente seu real delineamento, como sua condição de eficácia, quando se percebia que o consenso dificilmente seria alcançado.”⁴⁶

Como a maioria destes dispositivos, ou jaz até hoje sem regulamentação, ou demorou muitos anos para ser regulamentada, conclui, com razão, o mesmo autor que o fenômeno da omissão inconstitucional em nosso sistema jurídico contribui significativamente para a construção de um verdadeiro “Estado Paralelo” ao modelo estabelecido na Constituição, autêntico Estado omisso, que simplesmente ignora tais preceitos constitucionais, através de seus três poderes: “o *Legislativo não os*

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 66.

*regulamentando, o Executivo não os aplicando, justamente por alegar a inexistência de sua regulamentação (...) o Poder Judiciário, com sua predominante visão restritiva do conteúdo da decisão do mandado de injunção, acaba não operando a viabilização do desfrute desses direitos.”*⁴⁷

3.3. As omissões inconstitucionais e os instrumentos de controle no ordenamento jurídico brasileiro

A introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão tem o sentido de garantir a **constitucionalidade de todo o sistema jurídico** vigente, não apenas das leis porventura promulgadas.

Aplicando-se ao tema a teoria da norma jurídica⁴⁸, pode-se afirmar que, com a promulgação da Constituição de 1988, foram previstas, pela primeira vez no nosso sistema constitucional positivo, **normas secundárias**, criando mecanismos (ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção) destinados à satisfação das **normas constitucionais primárias** que estatuem, explícita (normas de eficácia contida e limitada, dependentes de complementação constitucional) ou implicitamente (como no caso de algumas normas de atribuição de competência legislativa ou material), o **poder-dever de legislar**, mormente quando imprescindível à concretização de direitos fundamentais. A simples

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ A teoria da norma jurídica foi formulada por HANS KELSEN, tendo sido divulgada em sua obra póstuma, Teoria Geral das Normas, como nos informa PAULO NADER. De acordo com ela, norma secundária é a que “*estabelece uma sanção para hipótese de violação do dever jurídico. A primária*

atribuição de competências legislativas enunciadas nos arts. 22 e 24 da Constituição Federal, por exemplo, não gera o dever de legislar. Vale dizer, **nem toda omissão legislativa é constitucionalmente vedada, mas tão-somente aquela que impede ou obstaculiza a aplicabilidade das normas constitucionais.**

Nos dizeres de MARÍLIA MURICY: *“Melhor parâmetro não há, portanto, para avaliar a qualidade de uma Constituição que o exame dos mecanismos por ela mesma instituídos para assegurar-lhe eficácia”*. A mesma autora, porém, adverte: *“Tanto quanto as demais normas constitucionais, também as que se voltam a disciplinar a eficácia de outras normas não estão imunes à ação imobilizadora dos fatos.”*⁴⁹

Na Constituição brasileira, destacam-se, entre as normas que exigem regulamentação, diversos dispositivos consagradores de direitos fundamentais, os quais restam, portanto, penderes de aplicação em caso de omissão do legislador.

Sendo a proteção dos direitos fundamentais, em sentido amplo, não apenas o escopo mais nobre de qualquer Constituição, mas a razão de ser do próprio Estado, pois a função deste nada mais é do que servir como instrumento de satisfação das necessidades humanas, o constituinte brasileiro previu, ao lado da ação de inconstitucionalidade por omissão – que cuida da integridade constitucional, do ponto de vista objetivo, do ordenamento jurídico brasileiro – o mandado de injunção,

define o dever jurídico em face de determinada situação de fato “ in: Introdução ao Estudo do Direito, 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 101.

instrumento posto à disposição de todo aquele que tenha obstaculizado o exercício de direito consagrado na Constituição em decorrência da ausência de norma regulamentadora.

Embora tanto um como outro instrumento judicial tenham função intrinsecamente fadada ao esgotamento – pois, a partir do momento em que não houver dispositivo a regulamentar na Constituição brasileira, eles perdem inevitavelmente a sua prestabilidade de trazer ao Judiciário novas demandas – desafortunadamente para os titulares de direitos e garantias não regulamentados, ainda resta no ordenamento jurídico brasileiro campo fértil para a sua aplicação. Resta saber se, antes de eles esgotarem a sua utilidade, o Poder Judiciário irá dar alguma efetividade a estes instrumentos, especialmente aquele que se presta à tutela de direitos subjetivos dos cidadãos, vale dizer, o mandado de injunção. Lamentavelmente, até agora, na maioria dos casos levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal – corte competente na grande maioria dos casos – não foi isso que tem ocorrido.

Entre os vários exemplos de dispositivos da Constituição de 1988 carentes ainda hoje de regulamentação, julgamos ser útil pinçar alguns exemplos. Deve-se notar, em primeiro lugar, que a necessidade de regulamentação infraconstitucional pode ser expressa ou implícita, por não haver o constituinte estabelecido claramente as condições de aplicação da regra ou exercício do direito. Primeiro, vamos elencar exemplos de direitos carentes de regulamentação e tuteláveis,

⁴⁹ In: *Revista de Direito Público* nº 88, p. 108.

portanto, via mandado de injunção. Depois, arrolaremos alguns exemplos de normas que exigem regulamentação mas não conferem propriamente um direito subjetivo, somente podendo a omissão na sua disciplina normativa ser sindicada, portanto, em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Vamos aos direitos subjetivos. Entre os direitos individuais, previstos no artigo 5º, poucos são aqueles que não possuem aplicabilidade imediata, demandando regulamentação legal. Dentre estes, contudo, ainda estão pendentes de disciplina legislativa:

- a) a proteção aos locais de culto e a suas liturgias, corolário da liberdade de crença, prevista no inciso VI; neste caso, a exigência de intermediação legislativa é expressa;
- b) o direito à prestação de assistência religiosa nas entidades civis de internação coletiva, previsto no inciso VII ⁵⁰; também aqui a exigência de lei é explícita no texto;
- c) o direito das presidiárias de terem asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, garantido no inciso L; aqui, a exigência não é expressa, mas implícita.

No artigo 7º, que consagra os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, os exemplos são em maior número:

⁵⁰ Este inciso também garante o mesmo direito nas entidades militares. Porém, em relação a estas já existia a regulamentação legal necessária pela Lei nº 6.923/81, que foi recepcionada pelo sistema constitucional vigente. Em relação às entidades civis, o direito veio a ser regulamentado pela Lei 9.982, de 14.07.2000, promulgada, portanto, após a apresentação da versão original deste trabalho.

- a) o direito à proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, mediante indenização compensatória e outras garantias, disposto no art. 7º, I, que exige disciplina através de lei complementar;
- b) o direito à participação na gestão da empresa, excepcionalmente, previsto no mesmo inciso XI, que consagra o direito à participação nos lucros ou resultados (regulamentado por Medida Provisória, como já mencionado); também aqui a exigência de lei é expressa;
- c) o direito à percepção de um adicional de remuneração para as atividades penosas, na forma da lei, estabelecido no inciso XIII;
- d) o direito à assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas, previsto no inciso XXV; neste caso, a necessidade de intermediação legislativa é implícita;
- e) o direito à proteção em face da automação, na forma da lei (art. 7º, XXVII); quiçá se tivesse havido a regulamentação deste dispositivo, não estaríamos atravessando tempos de desemprego tão feroz...

Em outros capítulos da Constituição, vemos outros exemplos:

- a) art. 37, VII, que prevê o direito de greve dos servidores públicos, “nos termos e nos limites definidos em lei específica”⁵¹;
- b) art. 150, § 5º, que garante o direito de os consumidores serem esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços; as medidas para tanto serão determinadas em lei;

⁵¹ A nova redação é proveniente da Emenda Constitucional nº 19/98. A redação original falava em “lei complementar”. Como esclarece Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *in Apontamentos sobre a Reforma Administrativa* (Rio, Renovar, 1999, p. 40), com a nova redação bastará uma lei ordinária específica para tornar exequível o dispositivo, vale dizer, uma lei ordinária que discipline em todos os seus aspectos o direito de greve.

- c) art. 192, § 3º, que estabelece o limite de 12% ao ano para cobrança de juros, o qual, de acordo com a interpretação do STF, não é auto-aplicável – entendimento do STF, aliás, do qual não compartilhamos;
- d) art. 226, § 1º, que estabelece que a celebração do casamento civil será gratuita; a exigência de legislação intermediária é implícita, a nosso ver;
- e) art. 245, que garante aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso a assistência do Poder Público; a lei disporá sobre as hipóteses e condições desta assistência, na redação do texto constitucional;
- f) art. 8º, § 3º do ADCT, que garante o direito à reparação 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”, aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964 e nº S-285-GM5.

Entre os dispositivos ensejadores de controle somente via ação direta de inconstitucionalidade por omissão, temos:

- a) art. 153, VII, que estabelece competir à União a instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas, nos termos de lei complementar ⁵²;
 - b) art. 173, § 5º, que dispõe: “a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”;
-

- c) art. 182, que estabelece que a política de desenvolvimento urbano, “conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”;
- d) art. 239, § 4º do ADCT, que estabelece que o “financiamento do seguro-desemprego receberá uma contribuição adicional da empresa cujo índice de rotatividade da força de trabalho superar o índice médio da rotatividade do setor, na forma estabelecida por lei”.

⁵² Nos apartamos aqui daqueles que entendem que a competência tributária é sempre uma faculdade. Como já dito, entendemos que elas são poderes-deveres conferidos às pessoas políticas para executarem os objetivos definidos na Constituição para o Estado brasileiro.

IV - O controle das omissões inconstitucionais do Poder Público no direito brasileiro: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão

4.1. Origem do instituto:

4.1.1. Direito comparado:

A maioria dos autores aponta como fonte de inspiração do constituinte brasileiro o direito constitucional português. De fato, a Constituição Portuguesa de 1976 introduziu no direito português a figura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Previa o seu art. 279 que o Conselho da Revolução tinha a faculdade de “*recomendar*” aos órgãos legislativos competentes que emitissem, em tempo razoável, “*as medidas legislativas necessárias para tornar exeqüíveis as normas constitucionais*”. A partir da Reforma de 1982, o art. 283 atribuiu a competência para o Tribunal Constitucional, que “*aprecia e verifica o não-cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exeqüíveis as normas constitucionais*”. Conferiu-se a legitimidade para provocar o pronunciamento jurisdicional ao Presidente da República, ao Provedor de Justiça e aos Presidentes das Assembléias Legislativas Regionais, “*com fundamento em violação de direitos das regiões autônomas*” e o Tribunal, quando “*verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente*”. Como se vê, a consequência do reconhecimento da inconstitucionalidade, que já era mínima, foi ainda mais reduzida.

Lembra, contudo, ADHEMAR FERREIRA MACIEL a precedência da Constituição da República Socialista Federativa da Iugoslávia, promulgada em 21 de fevereiro de 1974, no direito comparado: *“Nela existem dois artigos que dão ao Tribunal de Garantias Constitucionais a atribuição de apresentar ao Legislativo propostas no sentido de revogação, alteração ou criação de leis (art. 376). Esse mesmo Tribunal, de acordo com o art. 377, depois de constatar que:*

‘un órgano competente no hubiere dictado la prescripción para la ejecución de las disposiciones de la Constitución de la República Socialista de Yugoslavia, de las leyes y de otras prescripciones y actos generales federales, habiendo sido obligado a dictarla, informará de ello a la Asamblea de la RSFY’.”⁵³

Assim, muito embora a fonte de inspiração do constituinte brasileiro possa ter sido efetivamente a Constituição portuguesa, não é desta a primazia da introdução de mecanismo de controle da inconstitucionalidade por omissão no direito constitucional positivo.

4.1.2. Trajetória durante a Constituinte:

Uma breve incursão às diversas feições assumidas pelo instituto quando ele era ainda uma proposta de dispositivo constitucional pode ser útil para uma interpretação histórica e teleológica quanto à sua abrangência.

⁵³ *Constituições estrangeiras*. Brasília, Senado Federal, 1988, vol. 5, *apud* “Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão” *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *Mandados de Segurança e de Injunção*, p. 372.

Assim, iremos transcrever e comentar as diversas redações por que passou o dispositivo que introduziu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão no direito constitucional brasileiro.

A primeira delas foi a constante do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18.07.1985, composta por 50 expoentes (especialmente juristas, por óbvio) de diversos setores da sociedade brasileira:

“Art. 10. (...)

*§ 2º. Verificando a inexistência ou omissão da lei, inviabilizando a plenitude de eficácia de **direitos e garantias** assegurados nesta Constituição, o **STF recomendará ao Poder competente a edição de norma que venha a suprir a lacuna.**” (grifos nossos).*

Assim, na primeira proposta de sua introdução, ainda antes do início dos trabalhos da Constituinte, a referida ação tinha campo de abrangência similar ao do mandado de injunção, no sentido de que só se referia à omissão inviabilizadora de direitos e garantias, não a qualquer omissão inconstitucional. Também é relevante o fato de que falava apenas em omissão de lei. Os dois pontos, como veremos, não prevaleceram ao final. Prevaleceu, contudo, ao menos no essencial, a espécie de providência que deveria ser tomada pelo STF ao verificar a omissão.

Já no curso dos trabalhos da Constituinte, a redação aprovada na fase das Subcomissões foi bastante distinta:

“Parágrafo único. Na hipótese de inconstitucionalidade por inexistência ou omissão de ato de administração, se o Estado demonstrar comprovadamente a impossibilidade da prestação por falta ou insuficiência de recursos financeiros, bem como pela inexistência de planejamento em execução para a erradicação da impossibilidade, o Tribunal Constitucional a declarará, só para o efeito de firmar a prioridade e fixar os prazos limites da etapa de execução.” (grifos nossos)

Note-se que aqui foram alterados a hipótese de cabimento – de omissão de lei para omissão de ato de administração – e os efeitos da decisão do STF – de recomendação da edição da norma para declaração da inconstitucionalidade para o efeito de firmar prioridade e fixar prazo para a execução. Além disso, incluiu-se a possibilidade de o Estado se defender alegando insuficiência de recursos financeiros ou inexistência de planejamento, desde que as comprovasse. Também deixou de existir a restrição ao âmbito da verificação da omissão inconstitucional aos direitos e garantias constitucionais.

No seio das Comissões Temáticas, o dispositivo em questão foi novamente alterado de forma significativa, obtendo 2 (duas) redações distintas:

“Art. 38. Cabe ação direta de declaração de inconstitucionalidade nos casos de:

I – Inexistência ou omissão de normas de qualquer grau e origem, ou de atos administrativos ou jurisdicionais, sem os quais é inviável o pleno

exercício dos direitos e das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania.”

“Parágrafo único. Nos casos de inconstitucionalidade por inexistência ou omissão de atos de administração, se o Estado demonstrar comprovadamente a impossibilidade da prestação por falta ou insuficiência de recursos, o Juízo ou Tribunal a declarará para o efeito de exigir, em prazo que consignar, um programa de erradicação da impossibilidade, ou, existindo o programa, para o efeito de firmar prioridade e fixar os prazos limites das etapas de execução.”

A seguir, os substitutivos apresentados pela Comissão de Sistematização tornaram a redação extremamente lacônica:

a) Primeiro substitutivo:

“Art. 25. Cabe ação de declaração de inconstitucionalidade nos casos de ação ou omissão de qualquer autoridade que firam as disposições desta Constituição.”

b) Segundo substitutivo:

“§ 51. Cabe ação de declaração de inconstitucionalidade nos casos de ação ou omissão de ato que fira as disposições desta Constituição.”

c) Terceiro substitutivo:

“§ 55. Cabe ação de declaração de inconstitucionalidade contra ato que, por ação ou omissão, fira preceito desta Constituição.”

A redação final aprovada pela Comissão de redações é a constante hoje do texto constitucional:

“§ 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.”

4.2. Natureza jurídica e finalidade:

Há quem questione tratar-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão de ação autônoma. Merecem referência os argumentos de CLÉMERTON CLÈVE a respeito:

“A declaração de inconstitucionalidade por omissão encontra-se prevista em parágrafo (§ 2º) do art. 103 da Constituição da República. O dispositivo trata da ‘ação de inconstitucionalidade’, assim referida sem precisão, para designar as duas espécies de inconstitucionalidade conhecidas no direito brasileiro: a de lei ou ato normativo e a inconstitucionalidade por omissão. **Parece que o constituinte não pretendeu instituir uma ação especial para fiscalizar a omissão inconstitucional.** Da leitura do art. 103 da Constituição da República, **pode-se depreender que o legislador constituinte pretendeu, sim, autorizar, no âmbito da já conhecida ação direta, o reconhecimento,**

pelo Supremo, da existência de uma inconstitucionalidade por omissão.”

54

Lembra o mesmo autor, ainda, em prol de sua tese, que, “*no Brasil, ao contrário do que ocorre em Portugal, os legitimados ativos para a provocação da fiscalização abstrata são os mesmos na inconstitucionalidade por ação como na inconstitucionalidade por omissão*”, além do fato de, na Constituição Portuguesa, esta última ser tratada em dispositivo próprio e não em simples parágrafo de outro artigo. Tudo isto levaria à conclusão de que, na realidade, o parágrafo 2º do art. 103 operou um “elastecimento dos conceitos de inconstitucionalidade e de jurisdição constitucional”, dando ao Supremo competência para dar um novo tipo de provimento na ação direta de inconstitucionalidade.

Tal teoria tem o mérito de solucionar o impasse que, muitas vezes, pode surgir quanto ao cabimento de uma ou outra ação (admitindo-se que se tratem de ações autônomas) nos casos de inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da isonomia ou por omissão parcial. No entanto, trata-se de voz praticamente isolada na doutrina neste particular, ao menos até o momento.

Uma coisa, porém, é certa. Tem-se aqui modalidade de **controle concentrado, direto, genérico, em suma, de fiscalização abstrata da constitucionalidade.**

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 229 - grifos nossos.

A finalidade perseguida pela ação, modalidade de processo objetivo que é, consiste na colmatação da lacuna inconstitucional. Busca-se, em última análise, constranger a autoridade ou órgão omissor à expedição da norma ou realização da medida faltante.

4.3. Fundamentos:

A redação do texto constitucional a respeito é ambígua: “omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional”. Surgem desde logo indagações: que espécie de medida? Estariam abrangidas somente as normativas ou estariam incluídas também medidas administrativas?

De acordo com a doutrina predominante, o art. 103, § 2º da Constituição tem por objeto apenas medidas normativas.

Entende-se, assim, que o fundamento ou causa de pedir remota da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é a existência de uma previsão constitucional específica de elaboração normativa.

A causa próxima é a omissão do legislador ou administrador no cumprimento deste dever, configurando uma inconstitucionalidade, ou pelo decurso do prazo estatuído na própria Constituição, quando houver esta previsão, ou pelo decurso de um prazo razoável para a elaboração da norma, nos demais casos.

A nosso ver, pela redação do texto constitucional e a julgar pela redação que teve este dispositivo durante a Constituinte, estariam abrangidas também medidas administrativas de execução da Constituição. Isto porque, durante a elaboração do texto, quando o constituinte queria dizer apenas “leis”, ele o disse; quando queria dizer “normas de qualquer grau e origem”, ele o disse; quando quis dizer “atos de administração”, também o disse claramente.

Destarte, não há porque supor que, ao dizer “medida para tornar efetiva norma constitucional”, ele quis dizer “norma para tornar efetiva norma constitucional”. No conceito de medida encaixam-se tanto atos normativos quanto administrativos. A nosso ver, a interpretação predominante já referida restringe a abrangência do dispositivo sem encontrar qualquer respaldo no texto constitucional ou nos anais de sua elaboração.

Esta é, no entanto, também a interpretação dada ao dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal ⁵⁵, razão pela qual, na prática, ficou restringida a aplicabilidade desta modalidade de ação.

⁵⁵ ADIn 19, Rel. Ministro Aldir Passarinho, DJU 14.04.89 *apud* CLÈVE, Clèmerson. *Fiscalização...*, p. 233.

4.4. Legitimidade ativa e passiva:

São legitimados ativos para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão as autoridades e entidades elencadas no *caput* do art. 103, as mesmas que podem ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo.

Há quem defenda que a iniciativa devesse ser conferida a qualquer cidadão, como JOSÉ AFONSO DA SILVA, argumentando que “a *ação popular de inconstitucionalidade é conhecida em outros países (Alemanha, por exemplo)*”.⁵⁶

A nosso ver, não se justificaria a distinção de tratamento em face do controle da inconstitucionalidade de ato normativo.

No pólo passivo, deve figurar o órgão ou autoridade, administrativa ou legislativa, competente para a prática do ato constitucionalmente determinado.

4.5. Objeto e efeitos da decisão:

O objeto da decisão é a **declaração da omissão inconstitucional**, com os efeitos do art. 103, § 2º, da Constituição, isto é, “*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*”.

⁵⁶ Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 49.

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, a decisão tem natureza simultaneamente declaratória e mandamental, esta bastante atenuada em relação ao legislador. Outros autores entendem que a decisão é declaratória, quando se trata de omissão legislativa, e mandamental, quando proferida em face da autoridade administrativa.

Não são poucos os que criticam a insuficiência da providência jurisdicional na ação de inconstitucionalidade por omissão. São exemplares as palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA neste sentido:

“Foi tímida, no entanto, a Constituição nas conseqüências da decretação da inconstitucionalidade por omissão. Não avançou muito mais do que a Constituição portuguesa. (...)

o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto (...) Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais.”⁵⁷

Em decorrência do caráter objetivo da ação, os efeitos da decisão se produzem *erga omnes*. A questão de maior complexidade que se põe concerne ao momento a partir do qual tais efeitos são produzidos. Para ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ⁵⁸, a eficácia da decisão é sempre *ex nunc*. Para REGINA NERY FERRARI, há que se distinguir entre os casos em que há previsão constitucional de

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 49.

⁵⁸ “Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade”. *In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, p. 37.

prazo e os demais: no primeiro caso, os efeitos da decisão são *ex tunc*, retroagindo até o momento em que o prazo constitucional expirou; nas hipóteses de ausência de previsão de prazo, os efeitos seriam, então, *ex nunc* ⁵⁹.

Diante do reconhecimento judicial da omissão inconstitucional, resta, ainda, aos prejudicados pela não edição da norma ou realização da medida a possibilidade de ingressar com ação de reparação de danos contra a pessoa de direito público omissa, obtendo, destarte, o equivalente patrimonial do prejuízo sofrido.

4.6. Procedimento e competência:

Como ensina CLÉMERTON MERLIN CLÈVE, o procedimento a ser adotado é o mesmo da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ⁶⁰, o qual encontrava-se disciplinado pela Lei nº 4.337/64, que regula a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, mas também se aplicava à ação direta genérica. Em 1999, foi editada lei regulamentadora do rito processual das ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, qual seja, a Lei 9.868, de 10.11.1999. Entretanto, esta não disciplinou as especificidades da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Consoante o disposto no art. 103 da Constituição Federal, a competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁹ *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, pp. 164-5.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 230.

V - O resguardo da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais em face das lacunas legislativas infraconstitucionais no direito brasileiro: o mandado de injunção

5.1. Origem do instituto

5.1.1. Direito comparado:

A maior parte da doutrina vê similitudes entre o mandado de injunção e institutos de outros países, especialmente do direito anglo-americano e alemão.

O instituto mais apontado como sendo a origem do mandado de injunção brasileiro é o *writ of injunction* norte-americano. Remédio da *equity*, isto é, utilizado quando o pleito não estiver fundado numa norma legal, tanto em litígios entre particulares quanto entre estes e o poder público, pode se revestir da forma de uma *prohibitory injunction*, quando determina a abstenção de um ato violador de direito, ou de *mandatory injunction*, quando se trata de ordenar a prática de um ato cuja omissão é violadora de direito, como leciona CLÊMERTON CLÈVE⁶¹. Assim pensam também DIOMAR ACKEL FILHO⁶², HÉLIO TORNAGHI⁶³, JOSÉ AFONSO DA SILVA⁶⁴ e MOACYR AMARAL SANTOS⁶⁵. JOSÉ CARLOS CAL GARCIA aponta semelhanças e distinções entre os dois institutos⁶⁶.

⁶¹ *Op. cit.*, pp. 245-6.

⁶² *Writs Constitucionais (habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data)*, pp. 102-3.

⁶³ "O mandado de injunção", RF 306:80.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 392.

⁶⁵ *O mandado de injunção*, pp. 10-14.

⁶⁶ "Mandado de injunção", RDP 88: 113.

Acerca das similaridades entre o mandado de injunção e a ação constitucional alemã (*Verfassungsbeschwerde*), destacam-se os ensinamentos de JOSÉ RUBENS COSTA. Conforme este autor,

“por ela decide a Corte Constitucional acerca de qualquer alegação dos cidadãos de terem sido prejudicados, pelo Poder Público, no exercício de algum direito fundamental.

De se ver, portanto, que o processo constitucional se presta a reparar lesão aos direitos fundamentais; não se tem, entretanto, de modo expresse, a qualidade ou competência para impor condutas ao Legislativo ou ao Executivo (...)

*A satisfação de direitos não se obtém pela disposição expressa do Verfassungsbeschwerde.”*⁶⁷

Se, na feição descrita por aquele autor, a ação constitucional alemã se assemelhava mais à nossa ação de inconstitucionalidade por omissão, diante da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais prescrita na Constituição da Alemanha, como anota CALMON DE PASSOS, a Corte Constitucional alemã *“passou a entender como lhe cabendo solicitar do Legislativo ou do Executivo o adimplemento de seu dever constitucional, avançando, posteriormente, até o entendimento de que, não lhe sendo possível impor sanções ao Legislativo ou Executivo por sua inatividade recalcitrante, para não deixar sem aplicação o preceito constitucional, cumpria-lhe definir, para o caso concreto, o modo de proceder do sujeito obrigado, tutelando, por esse modo, o interesse constitucionalmente*

⁶⁷ “O mandado de injunção como norma garantidora dos direitos sociais” in: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Mandados de Segurança e de Injunção*, p. 440.

*protegido no caso concreto, sem com isso usurpar a função regulamentadora deferida ao Legislativo ou ao Executivo, suscetível, sempre, de ser exercitada, afastando, nos casos futuros, a regulamentação supletiva do Judiciário”*⁶⁸. É o que leva PAULO NAPOLEÃO DA SILVA a afirmar que “a trajetória jurisprudencial percorrida pelo Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha passou do que entre nós se denomina ação direta de inconstitucionalidade por omissão para o que entrou no nosso ordenamento como mandado de injunção.”⁶⁹

Alguns autores apontam semelhanças de ambos os institutos (*writ of injunction* e *Verfassungsbeschwerde*) com o mandado de injunção, como CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO⁷⁰ e SÍLVIO DOBROWOLSKI⁷¹.

Já RICARDO LOBO TORRES vê na *structural injunction* do direito norte-americano a fonte de inspiração do mandado de injunção. Trata-se também de remédio da *equity*, empregado, a partir da década de 70, “*pelos cortes federais nos litígios sobre as reformas institucionais, ao fito de promover o controle das instituições administrativas*”. Na definição deste autor, “*a structural injunction é o mandado judicial que, fundado na equidade, estabelece normas a serem seguidas pelos outros poderes do Estado na defesa dos direitos constitucionais dos cidadãos americanos desrespeitados pelas instituições administrativas*”⁷². Defende ele a adoção do modelo americano para viabilizar o mandado de injunção, o que

⁶⁸ *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data - Constituição e Processo*, p. 93.

⁶⁹ *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*, p. 116.

⁷⁰ “As novas garantias constitucionais”, RT 644:13.

⁷¹ “Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais”, RT 643:18.

⁷² “O Mandado de Injunção e a Legalidade Financeira” *in: Revista de Direito Administrativo* nº 187, p. 95.

implicaria, todavia, uma interpretação restritiva de quais direitos podem ser por esta via garantidos, eis que “a *structural injunction* tem por objetivo garantir, através das Cortes Federais, os direitos constitucionais do cidadão americano. Não se encontra entre as suas finalidades a adjudicação de direitos sociais ou econômicos a quem quer que seja, mas, apenas, a garantia dos direitos explícita ou implicitamente assegurados pela Constituição dos Estados Unidos e pelas cláusulas do *due process of law* e da *equal protection*.”⁷³ Não obstante encontrem-se decisões na própria jurisprudência americana em sentido diverso, entende que não se podem fazer concessões quando se trata dos princípios da legalidade orçamentária e tributária, razão pela qual o instrumento não deve ser utilizado para a proteção de direitos coletivos. Voltaremos ao tema mais adiante.

Para outros, a fonte de inspiração do instituto no direito comparado é unicamente o direito constitucional português⁷⁴.

Para alguns doutrinadores, ainda, não existe qualquer influência do direito comparado. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO⁷⁵ e CELSO RIBEIRO BASTOS⁷⁶, sem fazerem qualquer referência ao direito alemão, afirmam não haver qualquer semelhança entre a figura e o *writ of injunction* norte-americano. Para este, o mandado de injunção é “*medida sem precedente, quer no direito nacional, quer no alienígena*”. Para aquele, ignorando a existência da modalidade

⁷³ *Op. cit.*, p. 97.

⁷⁴ Compartilham deste entendimento: Paulo Lopo Saraiva (RIL 108:79-81.); Adhemar Ferreira Maciel (*in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.), *Mandados de Segurança e de Injunção*, p. 376); Wander Paulo Marotta Moreira (*in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.), *Mandados de Segurança e de Injunção*, pp. 406-7)

⁷⁵ *Curso de Direito Constitucional*, pp. 275-6.

⁷⁶ *Curso de Direito Constitucional*, p. 219.

mandatory injunction, o mandado de injunção não se assemelha à *injunction* porque esta tem por objeto sempre uma proibição, não uma ordem (o que só se aplica à *prohibitory injunction*). Também ROQUE CARRAZZA⁷⁷ e ROBERTO PFEIFFER⁷⁸ compartilham do entendimento de que não haveria qualquer similitude entre o nosso mandado de injunção e outros remédios de direito comparado.

A nós parece ser perfeitamente possível vislumbrar semelhanças e distinções tanto entre o mandado de injunção e a *injunction*, enquanto remédio de equidade, quanto entre aquele e a *Verfassungsbeschwerde*. Se, por um lado, o instituto brasileiro se aproxima do anglo-americano por ter por pressuposto a falta de norma regulamentadora infraconstitucional, dele se afasta por exigir, de outro, a previsão constitucional do direito, tendo, assim, abrangência mais restrita que este. Quanto à ação constitucional alemã, o mandado de injunção dela se assemelha quanto aos pressupostos e, por construção do Tribunal Constitucional alemão, vem se aproximando quanto ao objeto, para aqueles que entendem que o mandado de injunção se presta à concretização do direito no caso concreto. Quanto à ação de inconstitucionalidade por omissão portuguesa, aplicam-se as mesmas considerações que o distinguem da sua versão brasileira.

Assim, tanto quanto é acertado afirmar que o mandado de injunção é instituto peculiar no direito comparado, a nós parece impossível ignorar que as circunstâncias históricas e as razões sociais do seu surgimento são as mesmas dos institutos afins nos países referidos. E, tratando-se de instituto que tantas

⁷⁷ “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção” *in: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* nº 03, p. 125.

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 31.

perplexidades gera em nossa doutrina e jurisprudência, não deixa de ser útil pesquisar a utilização e o desenvolvimento histórico daqueles institutos, utilidade que se verifica na exata medida das semelhanças encontradas quanto à finalidade social que se pretende alcançar com o mandado de injunção.

5.1.2. Trajetória durante a Constituinte:

Antes ainda da instalação da Assembléia Nacional Constituinte, já se levantavam vozes na comunidade jurídica clamando pela criação de instrumentos de garantia de sua efetividade.

Destaca-se, neste sentido, a proposta de FÁBIO COMPARATO, que chegou a elaborar Anteprojeto de Constituição, cujo art. 251 assim dispunha:

“Art. 251. Se as leis complementares, necessárias à aplicação dos dispositivos desta Constituição, não forem editadas dentro de três anos da sua promulgação, o Ministério Público ou qualquer interessado poderá pedir ao Poder Judiciário a aplicação direta desses dispositivos constitucionais aos casos concretos.

*Parágrafo único. A decisão judicial, que completará as normas constitucionais invocadas pelo autor da demanda, terá efeito de coisa julgada nos limites das questões decididas.”*⁷⁹

⁷⁹ *Muda Brasil: uma Constituição para o desenvolvimento democrático*, São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 150.

Da mesma forma, a Comissão Afonso Arinos, em seu Anteprojeto, previu dispositivo com esta finalidade:

“Art. 10. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata.

§ 1º. Na falta ou omissão da lei prevista para discipliná-la, o juiz decidirá o caso, de modo a atingir os fins da norma constitucional.”

Já no seio da Constituinte, na fase dos trabalhos das Subcomissões Temáticas, a proposta inicial (nº 155-4) foi do senador cearense Virgílio Távora e do deputado Carlos Virgílio, com a seguinte redação:

“Sempre que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança.”

Também nesta fase foram apresentadas a respeito as sugestões nº 367-1, pelo senador Rui Bacelar, nº 297, pelo deputado Michel Temer, e nº 96, pela deputada Anna Maria Rattes, com redações similares.

É pertinente transcrever aqui um pequeno trecho da justificativa apresentada por Rui Bacelar, destacado por ROBERTO PFEIFFER em sua completíssima obra sobre o mandado de injunção:

“(…) não basta a mera enunciação de direitos na Carta Constitucional. De que, na realidade, adianta ao cidadão que a Lei suprema do país declare, expressamente, o direito, por exemplo, à educação ou à saúde, se o Estado não é compelido a pôr em prática o mandamento constitucional? (…)

nos últimos anos, diversos assuntos que poderiam ser objeto de legislação ordinária foram inseridos nas Constituições pela grande importância que a sociedade lhes dedica. Isto possibilitou maior estabilidade para estes preceitos. Mas, como se sabe e como já dissemos, a Constituição deve ser sintética. Em consequência, muitos destes novos preceitos foram, apenas, enumerados, e diversos deles como princípios programáticos a nortearem a ação do Estado. Na prática, porém, a maioria não saiu do papel pela impossibilidade de ser o Estado compelido a qualquer ação. Essa omissão do Estado, frente ao texto da Lei Maior, tem sido denominada pelos autores de omissão inconstitucional. Mas não há, no direito brasileiro, um instituto capaz de garantir o direito do indivíduo contra a omissão do Estado”⁸⁰.

Tais iniciativas denotavam uma intensa preocupação com a necessidade de garantir a efetiva aplicação das normas constitucionais, mormente aquelas relativas a direitos de natureza coletiva. Não foi por outra razão que aquele que viria a ser o mandado de injunção constou do relatório de três distintas Subcomissões.

⁸⁰ *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, de 30.04.87, p. 15, 2ª e 3ª col, Suplemento, p. 15 *apud* PFEIFFER, Roberto, *op. cit.*, p. 25.

Assim, no relatório da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, foi previsto, no art. 3º, VII, do anteprojeto “*o mandado de garantia social por inexistência ou omissão de normas, atos jurisdicionais ou administrativos*”. E o art. 40 estabelecia que: “*Na falta de regulamentação para tornar eficaz a norma constitucional, o Ministério Público ou qualquer interessado poderá requerer ao Judiciário a aplicação do direito assegurado.*”

Já no relatório da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais constou a seguinte redação:

“Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata. Conceder-se-á mandado de injunção para garantir direitos nela assegurados, não aplicados em razão da ausência de norma regulamentadora, podendo ser requeridos em qualquer juízo ou Tribunal, observadas as regras de competência da Lei Processual.”

Por fim, o relatório da Subcomissão de Educação, Cultura e Esportes estatuiu que poderia ser impetrado mandado de injunção “*contra o Estado, para exigir o acesso à educação fundamental gratuita*”⁸¹.

O relatório da Comissão Temática da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher sistematizou, em seu substitutivo, as referidas propostas das Subcomissões:

⁸¹ É perspicaz a observação de ROBERTO PFEIFFER no sentido de que esta foi “a única menção feita ao mandado de injunção na qual ficou subentendido que poderia ser utilizado mesmo em se

“Art. 34. Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual do mandado de segurança, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania.

(...)

Art. 48. (...)

§ 1º. A lacuna permanecendo, depois de seis meses da promulgação da Constituição, qualquer cidadão, associação, partido político, sindicato ou entidade civil poderá promover mandado de injunção para o efeito de obrigar o Congresso a legislar sobre o assunto no prazo que a sentença consignar.”

Mais do que sistematizar as propostas anteriores e unificar a denominação do instituto (deixando de lado o “mandado de garantia social”), o relatório introduziu diversas inovações relevantes: a) a determinação de que o rito processual a ser seguido seria o mesmo do mandado de segurança; b) uma nova regra explícita quanto aos legitimados ativos para ajuizar o mandado: ao invés de Ministério Público ou qualquer interessado (como constava do relatório de uma das Subcomissões, sendo que os demais eram omissos), previu-se que qualquer cidadão, associação, partido político, sindicato ou entidade civil teria legitimidade; c) a restrição do âmbito do mandado de injunção para os casos de “ausência de norma regulamentadora”, diferentemente do que estabelecia o relatório da Subcomissão

tratando de norma dotada de plena aplicabilidade”, o que foi alterado posteriormente, como é sabido (op. cit., p. 26).

dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e das Garantias, o qual abrangia também a omissão de atos jurisdicionais ou administrativos; d) a restrição do âmbito do mandado de injunção à proteção dos “direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania”, também diversamente do que previa o relatório da Subcomissão referida por último, o qual abrangia qualquer caso de omissão inconstitucional.

No primeiro Substitutivo do Relator da Comissão de Sistematização, foi mantida a redação do relatório da citada Comissão Temática e também a da Subcomissão de Educação, Cultura e Desportos, alterando-se apenas a numeração dos artigos⁸². Até então, como lembra ROBERTO PFEIFFER, não havia previsão de qualquer regra específica quanto à competência jurisdicional para apreciar o novo instituto. Valia, portanto, a regra geral do art. 32, parágrafo único, do Substitutivo: “*Qualquer juízo ou Tribunal, observadas as regras da lei processual, é competente para conhecer, processar e julgar as garantias constitucionais.*”⁸³

Na fase de emendas ao primeiro substitutivo, a norma instituidora do mandado de injunção correu sério risco de se tornar mais um dispositivo na mesma situação de inefetividade que ele tinha por objetivo corrigir: a emenda nº 34.970, de autoria do então senador Fernando Henrique Cardoso, que restou acolhida pelo relator, introduziu duas relevantes modificações. Vejamos primeiro a sua redação:

⁸² Os arts. 34 e 48, § 1º do anteprojeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher passaram a ser arts. 32, IV e 36, respectivamente, do substitutivo. Por seu turno, o art. 3º, parágrafo único, do relatório da Subcomissão de Educação, Cultura e Desportos passou a ser o art. 373, I, do substitutivo.

⁸³ *Op. cit.*, p. 27.

“Art. 5º. (...)”

§ 47. *Conceder-se-á mandado de injunção, **observado o rito processual previsto em lei complementar**, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício das **liberdades constitucionais** e das **prerrogativas** inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania.”*

Assim, a redação constante do Segundo Substitutivo da Comissão de Sistematização, continha significativas mudanças: a) substituiu-se a referência à observância do rito do mandado de segurança pela referência à necessidade de regulamentação infraconstitucional de seu procedimento; b) retirou-se o termo “direitos” constitucionais, restando somente as liberdades e prerrogativas abrangidas no âmbito do mandado de injunção; c) suprimiu-se o artigo que dispunha sobre o mandado de injunção na área de educação.

Com exceção desta última modificação, que eliminou dispositivo que era mesmo redundante na redação anterior, as duas demais literalmente mutilavam a utilidade do mandado de injunção: a primeira, por tornar a norma que o instituiu não auto-aplicável, o que significava simplesmente que o instrumento criado para combater a omissão legislativa inconstitucional poderia ficar paralisado por esta; a segunda, por retirar de seu âmbito justamente a principal razão de sua instituição, que eram os direitos constitucionais (destacando-se dentre estes os de natureza coletiva, pois os individuais, via de regra, são auto-aplicáveis) carentes de regulamentação infraconstitucional. A proposta seria mais sincera se defendesse a eliminação pura e simples do instituto do texto constitucional.

Felizmente, tal redação terminou por não prevalecer. Muito embora o terceiro substitutivo (Projeto de Constituição “A”) a tivesse mantido, alterando apenas o caráter da lei regulamentadora, de complementar para ordinária (ao suprimir o termo “complementar”), durante as discussões do segundo turno de votação, a redação do dispositivo foi novamente modificada, sendo esta a aprovada no Projeto de Constituição “B”:

“Art. 5º. (...)

LXXI – Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a ausência de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

Assim, o termo “direitos” voltou ao texto do dispositivo e suprimiu-se a expressão “na forma da lei”, garantindo-se, pois, a auto-aplicabilidade do instituto.

Não faltaram aqueles, porém, que entendessem que a necessidade de regulamentação era implícita neste caso, como veremos no tópico seguinte.

5.2. Aplicabilidade

Como já mencionado, por não ter a Constituição estabelecido o procedimento aplicável ao mandado de injunção, houve quem sustentasse a não aplicabilidade

imediate do instituto, discussão hoje já superada pela doutrina e jurisprudência predominantes.

Defendendo a não auto-aplicabilidade, manifestaram-se MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO e INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, este último em parecer proferido enquanto Sub-Procurador Geral da República, neste particular não acolhido pelo então Procurador Geral, e publicado em forma de artigo⁸⁴. Para o primeiro, *“se tratando de uma garantia instrumental, ação especial que é, exige a previsão do procedimento a que será sujeito, em que pese a prescrição do § 2º do art. 5º, que prevê ‘aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais’.”*⁸⁵.

O Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, desde o princípio, pela auto-aplicabilidade do instituto⁸⁶. De outra parte, o art. 216 do Regimento Interno do STJ determinou, de modo pioneiro, que, em relação ao processamento e julgamento do mandado de injunção, “enquanto não fosse promulgada legislação específica, deveriam ser observados, no que coubessem, o Código de Processo Civil e a Lei nº 1.533, de 1951, que regula o procedimento do mandado de segurança.”⁸⁷

Também na doutrina é este o entendimento amplamente majoritário. Entre outros autores, defenderam expressamente esta posição: ADHEMAR FERREIRA

⁸⁴ “Sobre a aplicabilidade da norma constitucional que instituiu o mandado de injunção” *in: Revista de Informação Legislativa* nº 104, pp. 43-57.

⁸⁵ *Op. cit.*, p. 277.

⁸⁶ MI 107-3-DF, j. 23.11.89, Rel. Ministro Moreira Alves, DJU 28.11.89 e DJU 21.09.90.

⁸⁷ PFEIFFER, Roberto, *op. cit.*, p. 30.

MACIEL ⁸⁸, CARLOS MÁRIO VELLOSO ⁸⁹, CELSO AGRÍCOLA BARBI ⁹⁰, CELSO BASTOS ⁹¹, CLÈMERSON MERLIN CLÈVE ⁹², HÉLIO TORNAGHI ⁹³, JOSÉ AFONSO DA SILVA ⁹⁴, MARCELO DUARTE ⁹⁵, PAULO LOPO SARAIVA ⁹⁶, SÉRGIO BERMUDES ⁹⁷, SYDNEY SANCHES ⁹⁸.

A fundamentação deste posicionamento por parte dos autores passa, quase sempre, pelo parágrafo 1º do art. 5º da Constituição Federal. Para nós, foi LUCIANO FERREIRA LEITE quem melhor sintetizou a questão. Em realidade, o mandado de injunção é auto-aplicável não apenas porque previsto num dos incisos do art. 5º, mas principalmente “*porque a eficácia plena dos direitos fundamentais somente se concretiza e se torna possível se possível e viável for a utilização dos mecanismos correspondentes.*” ⁹⁹

Alguns autores (CELSO BASTOS, TORNAGHI) lembram o exemplo histórico do mandado de segurança, que, criado pela Constituição de 1934, embora somente tenha sido regulado por lei ordinária em 1936, não deixou de ser aplicado de imediato, tendo observado, até então, o procedimento do *habeas corpus*. Se se tratava, na ocasião, de preservar a efetividade dos direitos líquidos e certos, fundados em lei e comprováveis de plano, com muito mais razão agora que se trata

⁸⁸ *Op. cit.*, p. 378.

⁸⁹ “As novas garantias constitucionais”, RT 644:13.

⁹⁰ “Mandado de Injunção”, RT 637:10.

⁹¹ *Op. cit.*, p. 222.

⁹² *Op. cit.*, p. 248.

⁹³ *Op. cit.*, RF 306:86.

⁹⁴ “Mandado de injunção” *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.), *Mandados de Segurança e de Injunção*, p. 401-2.

⁹⁵ “Mandado de Injunção”, RIL 110:135.

⁹⁶ “O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional”, RIL 108:83-4.

⁹⁷ “O mandado de injunção”, RT 642:25.

⁹⁸ “Inovações Processuais na Constituição Federal de 1988”, RT 635:52.

de garantir a aplicabilidade imediata de direitos fundamentais, ordenada por expressa previsão constitucional.

Na realidade, como anota com a costumeira precisão ROBERTO PFEIFFER, na tradição jurídica brasileira, “sempre prevaleceu o entendimento segundo o qual o Poder Judiciário não poderia negar-se a apreciar uma ação expressamente prevista, apenas porque sua procedimentalização não estivesse editada em legislação própria.”¹⁰⁰

O mesmo autor cita outros exemplos na história constitucional pátria: a Constituição de 1946, ao prever, pela primeira vez no direito brasileiro, a ação direta de inconstitucionalidade (art. 8º) e a ação popular (art. 141, § 38), foi imediatamente aplicada pelo Poder Judiciário neste particular, muito antes da regulamentação infraconstitucional dos citados dispositivos.

Convém esclarecer, por último, que a Lei nº 8.038/90, em seu art. 24, parágrafo único, veio a colocar um ponto final na controvérsia, ao estabelecer, *verbis*:

“No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada lei específica.”

⁹⁹ “Aplicabilidade imediata dos direitos e garantias individuais da nova Constituição”, RT 635:17.

¹⁰⁰ *Op. cit.*, p. 29.

Em razão, contudo, das inúmeras controvérsias que cercam o mandado de injunção, parece de todo conveniente a sua regulamentação. Cumpre mencionar, assim, os projetos de lei já apresentados com esta finalidade: PL 76/88, de autoria do Senador Ruy Bacelar e tendo como Relator o Senador José Paulo Bisol, PL 998/88, de autoria do Deputado Maurílio Ferreira Lima, cujo Relator é o Deputado Oscar Corrêa Filho, e PL 4.679/90, de autoria do deputado Cunha Bueno, baseado em estudo do Professor José Ignácio Botelho de Mesquita.

5.3. Fundamentos:

O mandado de injunção apresenta alguns pressupostos específicos para o seu cabimento: a) em primeiro lugar, funda-se ele na **ausência de norma regulamentadora infraconstitucional**; b) em segundo, esta norma há de ter por objeto um **direito, liberdade ou prerrogativa previsto na Constituição**; c) por fim, da ausência de norma regulamentadora do direito constitucional há de resultar a **inviabilidade do seu exercício**.

Em nenhum momento o constituinte faz menção à necessidade de configuração de uma **omissão inconstitucional**, o que leva a concluir que basta haver mera lacuna técnica. Contudo, a maior parte da doutrina, identificando os pressupostos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, entende que, nos casos em que a Constituição prevê um prazo para a elaboração da norma, antes de decorrido este, não cabe a impetração. Nos demais

casos, vê a necessidade de um juízo sobre um prazo razoável para a elaboração da norma, cujo decurso seria indispensável ao cabimento da injunção.

Partidários da posição aqui defendida são CARLOS ARI SUNDFELD ¹⁰¹, CLÊMERTON MERLIN CLÈVE ¹⁰², PAULO EDUARDO GARRIDO MODESTO (em valioso estudo sobre as especificidades da ação direta de inconstitucionalidade por omissão) ¹⁰³ e REGINA MARIA DE MACEDO NERY FERRARI ¹⁰⁴.

O restante da doutrina confunde os pressupostos dos dois institutos, afirmando, quase sempre, que, enquanto não decorrido o prazo previsto na Constituição para elaboração da norma regulamentadora, descabe o mandado de injunção ¹⁰⁵. MICHEL TEMER acrescenta expressamente este requisito para concessão da injunção. Entende ele que o juiz deverá verificar, caso por caso, “se já se caracterizou a omissão do poder competente para produzir a regulamentação”

¹⁰⁶ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ ¹⁰⁷ e ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA ¹⁰⁸

¹⁰¹ “A injunção é cabível mesmo que não se caracterize omissão (legislativa ou administrativa) no sentido técnico do termo.

Só há omissão quando se descumpra o dever de editar norma. Tendo sido fixado prazo para edição de uma norma, (...) o descumprimento do dever de editá-la só se caracteriza após o transcurso do prazo. No entanto, **o direito que resulta da norma constitucional é exigível desde logo** (art. 5º, § 1º), razão porque pode-se impetrar o mandado de injunção mesmo que o prazo estabelecido não tenha ainda esgotado.” *in*: “Mandado de Injunção”, RDP 94:150-151 - grifo nosso.

¹⁰² “o mandado de injunção constitui, sim, mecanismo de fiscalização concreta da omissão inconstitucional, mas, simultaneamente, caracteriza-se por *proteger os direitos constitucionais*, também contra as meras lacunas técnicas (lacunas de legislação)” - *op. cit.*, p. 247

¹⁰³ “enquanto se exige para o cabimento do Mandado de Injunção a simples ‘falta de norma regulamentadora’, na inconstitucionalidade por omissão se exige um ‘juízo concreto sobre o tempo em que devia ser produzida a norma faltante ou tomada medida outra necessária para tornar efetiva certa e determinada norma constitucional’ ” *in*: “Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica”, RDP 97:221.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, p. 162.

¹⁰⁵ Ver, por todos, BARROSO, RDA 191:05.

¹⁰⁶ RDP 98:30

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 37.

¹⁰⁸ *Op. cit.*, p. 130.

advogam não passar o mandado de injunção de meio de controle concreto da omissão inconstitucional.

É útil, aqui, lembrar os argumentos utilizados por todos aqueles que defendem a auto-aplicabilidade do dispositivo constitucional que prevê o mandado de injunção: trata-se do instrumento criado pelo constituinte para garantir a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Não tivesse esta aplicabilidade imediata e eficácia plena, o disposto no § 1º do art. 5º restaria despido de mecanismo de concretização. Ora, se a doutrina quase unânime reconhece ser esta a finalidade do mandado de injunção, afigura-se-nos obscura a razão de se agregar um outro pressuposto, não previsto na Constituição, para o seu cabimento, qual seja, uma situação de omissão inconstitucional.

5.3.1. Ausência de “norma regulamentadora”:

A exigência de regulamentação do direito constitucional pode ser expressa ou implícita, isto é, o texto da Constituição poderá fazer referência expressa à intermediação legislativa ou simplesmente não dar-lhe os contornos suficientes para sua imediata aplicação. Em ambos os casos cabe a injunção.

ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ tem uma opinião peculiar sobre o tema. Entende ela que *“no caso em que a Constituição cria direitos em norma não auto-executável imediatamente, isto é, que, a despeito de inexistir expressa determinação constitucional, demandará lei ou norma regulamentadora para torná-lo*

exeqüível erga omnes, o Poder Judiciário poderá, in concreto, suprir a ausência da norma regulamentadora e concretizar para o caso o direito postulado". Conclui-se que, para esta autora, o mandado de injunção só poderá resultar na viabilização do direito para o jurisdicionado nestas hipóteses, ou seja, quando não houver exigência constitucional expressa de regulamentação ¹⁰⁹.

JOSÉ AFONSO DA SILVA entende que a expressão "norma regulamentadora" abarca "*toda medida para tornar efetiva norma constitucional*" ¹¹⁰. Sob o seu ponto de vista, é de ser estendido ao mandado de injunção, *in casu*, o art. 103, § 2º.

Na realidade, trata-se de uma interpretação isolada na doutrina e tampouco acolhida pela jurisprudência. A nosso ver, assiste razão a ROQUE CARRAZZA quando afirma que "*não é a falta de atuação administrativa que possibilita a impetração do mandado de injunção, mas a falta de norma regulamentadora de normas constitucionais de eficácia limitada. Noutra giro verbal, não cabe mandado de injunção contra omissões de órgãos administrativos.*"

Assim, "*os direitos expressamente apontados na Constituição ou que não dependem de norma infraconstitucional para poderem ser desfrutados rendem ensejo à impetração de mandado de segurança; não de mandado de injunção*" ¹¹¹, e o mesmo pode ser dito dos direitos já regulamentados, mas pendentes de

¹⁰⁹ "A meu ver, deve-se distinguir dois efeitos distintos no mandado de injunção: no caso de normas de aplicação não auto-executável, para a qual a Constituição impõe uma 'lei expressamente', a decisão judicial não poderá suprir, *in concreto*, a ausência da lei, porquanto não cabe ao juiz legislar", *in*: "Apontamentos...", p. 44.

¹¹⁰ *Op. cit.*, p. 393.

efetividade por omissão administrativa. Outro entendimento levaria a crer que o constituinte previu dois instrumentos para o mesmo fim. O Supremo Tribunal, inclusive, já sumulou posição no sentido do cabimento do mandado de segurança contra omissão da autoridade administrativa em prejuízo de direito subjetivo (Súmula nº 429).

Outrossim, a expressão norma regulamentadora tampouco deve ser lida em seu sentido estrito, de regulamento administrativo. DIOMAR ACKEL FILHO sintetiza com propriedade a questão: *“O regulamento a que atine a injunção é aquele em sua acepção material, ampla e compreensiva de todas as modalidades de normas necessárias para operar a exeqüibilidade de um dispositivo constitucional ou legal”*¹¹².

Pertinentes, sobre o assunto, os ensinamentos de JOSÉ DA SILVA PACHECO:

“A Constituição (...) admitiu que a norma regulamentadora poderá ser: a) lei, que, segundo o processo legislativo previsto nos arts. 61 a 69, seja atribuição do Congresso Nacional ou dependa da iniciativa do Presidente da República (art. 61, § 1º); b) decreto do Poder Executivo (art. 84, IV); c) resolução da Câmara ou do Senado; d) ato do Tribunal de Contas (arts. 71 e 102, I, “g”); e) ato ou decisão de Tribunais Superiores ou do próprio STF (art. 102, I, letra “q”); f) ato de órgão, entidades ou autoridade federal, da Administração direta

¹¹¹ CDCCP 03:128.

¹¹² *Op. cit.*, p. 104.

ou indireta (art. 105, I, “h”); e g) ato de autoridades militares ou sujeitas à justiça eleitoral ou do trabalho (art. 105, I, “h” e 121, § 4º, V).”¹¹³

No caso de lei estadual ou municipal prevista em Constituição, a consequência há de ser prevista no texto das próprias Constituições Estaduais. As de São Paulo, do Rio de Janeiro e de Minas Gerais previram o mandado de injunção, nos mesmos moldes da Constituição Federal. A do Paraná, embora tenha previsto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não criou a figura do mandado de injunção a nível estadual.

Há de se perquirir, ainda, acerca da relevância de já ter havido o encaminhamento de mensagem do Executivo ou a apresentação de projeto de lei. Para SÉRGIO BERMUDEZ, “*Se essa norma se encontra em regular processo de elaboração, faltará ao impetrante o interesse processual, a menos que demonstre que a tutela do seu direito não pode aguardar a norma regulamentadora porque ele estará lesado, de modo irreparável, no advento dela.*”¹¹⁴

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de pronunciar-se a respeito, decidindo, nestes casos, pelo descabimento da ação. Trata-se de posição bastante criticável, eis que totalmente inadequada à realidade do processo legislativo brasileiro, especialmente quando estão envolvidos interesses políticos ou econômicos de monta. Para mencionar apenas dois exemplos, a recentemente promulgada (dezembro de 1996) Lei de Diretrizes e Bases da Educação levou oito

¹¹³ O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas, p. 251.

¹¹⁴ RT 642:23.

anos para ser aprovada. Já o projeto de Estatuto da Cidade (Lei de Diretrizes do Desenvolvimento Urbano) foi apresentado em 1983 e até o momento sequer foi apresentado o parecer do Relator.

É preciso atentar, por fim, para o problema da regulamentação insuficiente e/ou inconstitucional por ofensa ao princípio da isonomia. GILMAR FERREIRA MENDES foi quem se debruçou com mais vagar sobre a questão, utilizando-se das soluções encontradas no direito alemão ¹¹⁵. Tampouco CLÊMERTON MERLIN CLÈVE se furta à abordagem do tema. Defende este último a admissibilidade de dois meios de controle da omissão inconstitucional parcial: 1ª) em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na qual o STF poderia “declarar a inconstitucionalidade da omissão parcial, dando ciência ao Poder omissor para providenciar o seu suprimento”, quer nos casos de “exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia”, quer na hipótese de “incompleta satisfação do dever constitucional de legislar”; 2ª) em sede de ação direta de inconstitucionalidade por ação, em que o STF poderia “declarar a inconstitucionalidade do ato normativo incompleto, sem a pronúncia de nulidade” ¹¹⁶.

Sob o prisma lógico, nestas hipóteses tanto se configura omissão inconstitucional parcial quanto inconstitucionalidade de ato normativo por ofensa ao princípio da isonomia. Observa ainda CLÊMERTON CLÈVE, de forma pertinente, que *“assim como a ação de inconstitucionalidade por omissão poderia ser proposta contra a inércia parcial do órgão responsável pela edição da norma*

¹¹⁵ “A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro”. *In: Revista de Direito Administrativo* nº 191, pp. 40-66.

regulamentadora (*lacuna material, relativa ou absoluta parcial*), o mesmo ocorre com o mandado de injunção.”¹¹⁷ Não obstante, relata ele, “*Incompreensivelmente, o Judiciário tem entendido que descabe o mandamus quando, existente a norma regulamentadora, for a mesma insuficiente.*”¹¹⁸

De fato, para o STF, somente a ausência completa de norma regulamentadora enseja a utilização do mandado de injunção¹¹⁹.

FLÁVIA PIOVESAN¹²⁰, ROQUE CARRAZZA¹²¹ e SÉRGIO BERMUDES¹²², embora não tratem da possibilidade de haver regulamentação insuficiente, posicionam-se acerca da regulamentação inconstitucional. Para todos eles, esta hipótese deve se equiparar à de ausência pura e simples de norma regulamentadora.

ROBERTO PFEIFFER traz importante contribuição para o tema ao estabelecer critério para a diferenciação entre a inconstitucionalidade omissiva e a inconstitucionalidade comissiva por violação à isonomia. Para ele, “*omissão propriamente dita incide quando houver ‘esquecimento do órgão regulamentador’, ao não contemplar determinada situação, categoria ou grupo na regulamentação operada.*” E cita alguns exemplos hipotéticos:

¹¹⁶ *Op. cit.*, pp. 242-3.

¹¹⁷ *Op. cit.*, p. 260.

¹¹⁸ STF: MI 60-3-DF, DJU 09.03.90 e MI 81-6-DF, CJU 30.03.90; TJBA: MI 01/90, j. 08.03.91.

¹¹⁹ Neste sentido: MI nº 81-6 (Agravo Regimental) – Rel. Ministro Celso Mello – Julg. 20.04.90 – RT 659: 214; MI nº 73-DF – Rel. Ministro Moreira Alves – Julg. 07.10.94 – RTJ 160:743-6; MI 254-1/400-DF (Agravo Regimental) – Rel. Ministro Néri da Silveira – Julg. 07.08.91 – JSTFLex 170:113-22.

¹²⁰ *Op. cit.*, p. 120.

¹²¹ “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção”, CDCCP 03:129.

¹²² RT 642:21.

“supomos que, editada lei regulamentadora do art. 37, VII, somente regulasse o exercício do direito de greve dos funcionários da administração direta, deixando de contemplar os servidores da administração indireta. Ou, então, não regulasse o modo de exercício da greve dos servidores que atuam em serviços essenciais. Nessas hipóteses, a lei existente não permitiria aos componentes de tais grupos o exercício do direito constitucional em tela, motivo pelo qual, em relação a eles continuaria a restar configurada a incidência da omissão constitucional. Finalmente, diversa espécie de omissão parcial ocorre quando há regulamentação tecnicamente deficiente, o que se dá nas situações em que o legislador omitiu-se em prever determinada situação que, pelas características do direito regulamentado, deveria ter previsto. Esta hipótese configura insuficiente cumprimento do dever de regulamentar.”¹²³

Hipóteses diversas, incidindo então em inconstitucionalidade comissiva por ofensa ao princípio da isonomia são, para ele, aquelas em que “o legislador, ao regulamentar determinado preceito constitucional, sem motivo plausível, impor [sic] indevido ônus a um grupo ou categoria, deixando de imputá-la a grupos ou categorias em idêntica situação” ou quando “a regulamentação atribuir determinada vantagem a um grupo, excluindo expressamente outro grupo em situação semelhante, sem nenhuma razão plausível.” No primeiro caso, entende ele que deverá ser impugnada a inconstitucionalidade comissiva, de maneira que “não se estende o malefício a todas as pessoas em idêntica situação, mas retira-se a

¹²³ Op. cit., pp. 76-7.

incidência do ônus diferenciador, por intermédio do controle concentrado ou difuso da constitucionalidade das leis.” ¹²⁴ Embora o autor não o diga expressamente, concluímos que a mesma solução pode ser aplicada ao segundo caso.

Na realidade, trata-se de entendimento bastante coerente, que utiliza como critério diferenciador a explicitude ou não da violação à isonomia, e que não deixa desprotegida nenhuma das duas situações, pois, sendo a inconstitucionalidade comissiva, pode ser sindicada através do controle difuso, ao passo que a omissiva enseja a utilização do mandado de injunção.

Tal não ocorre com o entendimento do STF, que deixa desprotegidas as situações de omissão inconstitucional parcial, tais como definidas pelo autor por último citado.

Por fim, uma enumeração exemplificativa de casos em que não se caracteriza a ausência de norma regulamentadora pode ser útil no deslinde da questão:

- a) A norma prevista na Constituição é auto-aplicável: trata-se do caso, em tese, mais evidente de descabimento da injunção. Na prática, porém, nem sempre é tão evidente a auto-aplicabilidade ou não de um dispositivo constitucional ¹²⁵.

¹²⁴ *Op. cit.*, p. 75.

¹²⁵ Neste sentido, ROBERTO PFEIFFER elenca dois exemplos paradigmáticos: o art. 37, VII e o art. 192, § 3º, da CF, que o STF entendeu não auto-aplicáveis. No primeiro caso, a decisão tomada pelo STF não foi unânime. No segundo, além de ter sido tomada por apertada maioria, muitos Tribunais estaduais vêm dando interpretação oposta ao dispositivo.

- b) A norma ausente se encontra na fase final do processo legislativo, aguardando em questão de dias sua sanção ou promulgação.
- c) Existe regulamentação no próprio corpo da Constituição: há casos em que o próprio constituinte estabeleceu regramento provisório, apto a vigorar enquanto não sobrevenha a legislação regulamentadora ¹²⁶.
- d) Não existe norma regulamentadora posterior à Constituição de 1988, mas a legislação anterior foi recepcionada, porque compatível com a nova Carta.
- e) Existência de regulamentação da norma constitucional invocada.
- f) Mera ausência de ação administrativa: neste caso, a via a ser utilizada há de ser o mandado de segurança, não o de injunção.

A maioria dos doutrinadores elenca, ainda, a ausência do decurso do prazo previsto na Constituição ou de um prazo razoável após a promulgação da mesma para a edição de norma regulamentadora. Como já explicitado, este posicionamento, a nosso ver, não encontra respaldo no texto constitucional. É este, todavia, também o entendimento do STF a respeito, exemplificado na ementa a seguir:

“Prorrogação da licença-maternidade pretendida – Hipótese em que ainda não decorrido o prazo fixado para a elaboração de lei complementar e ilegitimidade do INPS para figurar no pólo passivo – Extinção do processo determinada – Artigo 267, VI, do Código de Processo Civil” (RSTJ e TRF-Lex nº 05, p. 72 – grifos nossos).

¹²⁶ São exemplos: o direito instituído no art. 7º, XIX, da CF e disciplinado provisoriamente pelo art. 10, § 1º do ADCT; o art. 7º, I, da CF, também disciplinado provisoriamente pelo art. 10, *caput*, do ADCT.

De todo modo, atualmente, decorridos quase doze anos da promulgação da Constituição, a questão se tornou irrelevante, a menos que emenda constitucional venha a outorgar novos direitos aos cidadãos brasileiros.

5.3.2. Direitos, liberdades e prerrogativas protegidos:

Temos aqui uma das questões cruciais e em que paira maior divergência na doutrina acerca do mandado de injunção.

Em primeiro lugar, importa sublinhar que não são tuteláveis por intermédio do mandado de injunção todas as normas constitucionais não auto-aplicáveis, mas tão somente aquelas que delineiam claramente um direito subjetivo, liberdade ou prerrogativa. O direito não será criado pela regulamentação, que apenas fixará os parâmetros necessários para possibilitar a sua fruição. Quando se atribui ao legislador a **faculdade** de criar um direito, não se pode concluir que houve a outorga direta do direito pelo texto constitucional. É elucidativa a redação da seguinte ementa de acórdão do STF que abordou o tema:

“Direito Constitucional e Processual Civil. Mandado de Injunção. Servidores Públicos: Técnicos em Radiologia. Conselho Nacional. Aposentadoria especial. Atividades penosas, insalubres e perigosas. Art. 5º, LXXI e 40, § 1º da CF.

1. O § 1º do art. 40 da CF apenas faculta ao legislador, mediante lei complementar, estabelecer exceções ao disposto no inc. II, ‘a’ e ‘c’, ou

seja, instituir novas espécies de aposentadoria, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

2. *Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitucional já criado, e cujo exercício esteja dependendo de norma regulamentadora.*
3. *Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, mesmo em tese, cujo exame deve preceder o de outras preliminares relativas à legitimidade passiva.*
4. *Descabimento do mandado de injunção, por falta de possibilidade jurídica do pedido, em face do disposto no inc. LXXI do art. 5º da CF, segundo o qual somente é de ser concedido mandado de injunção quando a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.*
5. *Mandado de injunção não conhecido. Votação unânime.* ”
(MI 425 – Rel. Ministro Sydney Sanches. RT 725:117. Março de 1996)

ROBERTO PFEIFFER nos fornece um outro exemplo de norma constitucional que não chega a conferir um direito subjetivo, qual seja, a contida no art. 37, V, da Constituição:

*“Os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, **preferencialmente**, por servidores ocupantes de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei.”* (grifos nossos).

Ainda preliminarmente, nos parece conveniente mencionar a percuciente observação de ANTÔNIO KLEIN, para quem “*as liberdades garantidas na Constituição (de expressão, de crença, de trabalho, etc.) são sempre direitos (fundamentais de 1ª geração). Logo deveria ser desnecessária a referência às liberdades, já que se incluem entre os direitos.*”¹²⁷

As controvérsias que cercam o tema na doutrina se referem à espécie de direitos constitucionais abrangidos. Os diversos entendimentos sobre o assunto podem ser agrupados em três blocos.

No primeiro, estão aqueles que entendem que o mandado de injunção protege apenas **os direitos individuais (art. 5º) e os inerentes à nacionalidade, cidadania e soberania (arts. 12 a 16)**. O principal defensor deste posicionamento é MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. Este autor chega a afirmar que “*O mandado de injunção pressupõe **direito subjetivo**. Quer dizer, faculdade conferida por norma auto-executável, pois norma não-auto-executável propriamente não confere direito e sim expectativa de direito*”¹²⁸, o que significa defender que o constituinte teria criado um instrumento sem qualquer utilidade prática. Para ele, ainda, “*a parte final [do art. 5º, XXI] – ‘inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania’ - restringe o alcance desse mandado.*” Destarte, “*A omissão de norma regulamentadora referente a outros campos, bem como a de norma necessária para que uma expectativa de direito passe a direito subjetivo reclama não o mandado de*

¹²⁷ In: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, volumes XIII/ XIV, p. 143.

¹²⁸ Op. cit., p. 276.

injunção, mas a ação direta de inconstitucionalidade por omissão." ¹²⁹. Esta é também a posição de ELCIAS FERREIRA DA COSTA, para quem, adotada outra interpretação,

"restaria ociosa e sem sentido a cláusula aditiva '*e liberdade inerente à nacionalidade, etc*' [sic]. Efetivamente, não se entende bem como e porque, depois de incluir no conteúdo do objeto injuncional todos os direitos assegurados na Constituição (...), deveria o constituinte acrescentar, *como algo que estivesse por fora daquela generalidade*, as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Ninguém, de certo, ousaria afirmar que não sejam aquelas prerrogativas, direitos igualmente assegurados na Constituição.

Assim, pois, entendendo-se por direitos e liberdades constitucionais apenas os enunciados nos incisos do art. 5º, '*as clássicas declarações de direitos individuais*' (Manoel Gonçalves Ferreira Filho), a cláusula aditiva '*e as liberdades inerentes*', etc [sic] encontra explicação conseqüente, precisamente porque, como privilégios que são, não poderiam figurar no rol daqueles direitos que são extensivos a toda pessoa, inclusive aos estrangeiros." ¹³⁰

A interpretação de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ¹³¹ encaixa-se com perfeição como resposta a este argumento. Para ele, a expressão "*prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*" não diz respeito às consagradas na própria Constituição, que já se encontram abrangidas na que lhes antecede - "*direitos e liberdades constitucionais*". MARCOS ALAOR DINIZ

¹²⁹ *Op. cit.*, p. 276-7.

¹³⁰ "O objeto e a competência no mandado de injunção", RIL 104:62.

GRANGEIA também parece compartilhar desta posição, ao afirmar que “*não basta a existência do direito em abstrato ou em outra legislação extravagante: é imperioso que o mesmo seja constitucional ou esteja ligado às prerrogativas de nacionalidade, soberania ou cidadania*”.¹³² Conforme nos relata SÉRGIO BERMUDES, que segue a posição de BARBOSA MOREIRA, o entendimento perfilhado por este é o de que

“o mandado de injunção é admissível, sempre na falta da norma regulamentadora, não apenas para assegurar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, como, ainda, para dar efetividade a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, **mesmo quando essas prerrogativas não emanem, diretamente, da Constituição, mas sejam asseguradas em outras leis de menor hierarquia - (...) - mas cuja viabilidade, melhor, cuja efetividade dependa de norma regulamentadora.**”¹³³

Quanto ao sentido em que o termo “soberania” deverá ser entendido, a grande maioria dos doutrinadores entende que se trata de soberania popular. Há, contudo, aqueles que entendem tratar-se aí de soberania nacional. Este o posicionamento de CELSO BASTOS¹³⁴ e WANDER PAULO MAROTTA MOREIRA¹³⁵. Para ELCIAS FERREIRA DA COSTA, estariam aí abrangidas tanto a soberania popular quanto a nacional¹³⁶.

¹³¹ Conforme informa BARROSO (RDA 191:03), em Palestra proferida na Associação dos Magistrados da Guanabara, em 26.06.89.

¹³² RT 641:85.

¹³³ RT 642:22 - grifo nosso.

¹³⁴ *Op. cit.*, p. 222.

¹³⁵ “Prerrogativas inerentes à soberania são, pois, todas aquelas prerrogativas que visem assegurar e resguardar o exercício independente e harmônico dos Poderes da União, ou dos órgãos da soberania nacional ou, ainda, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”, *op. cit.*, p. 414.

¹³⁶ “O objeto e a competência no mandado de injunção”, RIL 104:67-8.

É importante verificar que, tanto na redação original do anteprojeto da Comissão quanto na aprovada pela Comissão de Sistematização e em plenário, utilizava-se o termo “soberania popular”, tendo sido suprimida a qualificação somente na sua versão final – o que é um dos indícios de que a primeira interpretação é a mais plausível.

No segundo bloco, encontram-se os que entendem que são defensáveis por mandado de injunção apenas os **direitos constantes do Título II da Constituição**. É oportuno referir, exemplificativamente, os argumentos de CELSO BASTOS, para quem

“o propósito da garantia não é colher todo e qualquer direito da Constituição. Fora assim, o constituinte não teria necessidade de acrescentar especificamente os direitos relativos à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A expressão ‘direitos e liberdades constitucionais’ aponta para as clássicas declarações de direitos individuais. No nosso Texto Constitucional, o tratamento desta matéria é feito de forma moderna, a consagrar não só os direitos e deveres individuais, mas para incluir debaixo do mesmo título ‘Dos direitos e garantias fundamentais’ os coletivos e os sociais. Destarte, quer-nos parecer que a melhor interpretação é a que faz recair a tutela do mandado de injunção sobre os direitos subsumidos debaixo do Título II da Constituição.”¹³⁷

Não é, porém, sem ressalvas que ele assume tal entendimento, sustentando, assim, que “*é forçoso reconhecer que o Texto Constitucional consagra*

¹³⁷ *Op. cit.*, p. 222.

também direitos cuja operacionalidade não pode prescindir de uma intermediação político-legislativa” ¹³⁸.

Da mesma posição compartilha J. J. CALMON DE PASSOS e, da mesma forma, este formula as suas ressalvas, entendendo

“descaber o mandado de injunção quando o adimplemento, seja pelo particular, seja pelo Estado, envolve a organização prévia de determinados serviços ou a alocação específica de recursos, porque nessas circunstâncias se faz inviável a tutela, inexistentes os recursos ou o serviço, e construir-se o mandado de injunção como direito de impor ao Estado a organização de serviços constitucionalmente reclamados teria implicações de tal monte [sic] que, inclusive constitucionalmente, obstam, de modo decisivo, a pertinência do *mandamus* na espécie.” ¹³⁹

Para este autor, também, “*seria inexigível do sujeito privado uma prestação inapta a revestir-se do caráter de pessoalidade reclamada na injunção, como, por exemplo, a participação nos lucros da empresa*”, o que o leva a concluir que “*Quando conflita o interesse do indivíduo, de obter proteção imediata para seu direito constitucional, e a inviabilidade de deferi-lo sem que, concomitantemente, igual situação se estenda aos que se encontram em idêntica situação [sic], descabe a injunção; como igualmente descabe se importa na imposição a terceiros de ônus ou encargos não previstos, ainda, em lei.*” ¹⁴⁰

¹³⁸ *Op. cit.*, p. 221.

¹³⁹ *Op. cit.*, p. 112.

¹⁴⁰ *Op. cit.*, p. 112-3.

O terceiro bloco é o mais heterogêneo. Nele agrupamos aqueles que afirmam que podem ser defendidos mediante mandado de injunção **todos os direitos constitucionais**. Dentre estes, contudo, distinguem-se os que não fazem nenhuma ressalva a esta afirmação, como CARLOS ARI SUNDFELD ¹⁴¹, JOSÉ AFONSO DA SILVA ¹⁴², JOSÉ DA SILVA PACHECO ¹⁴³, MARCELO DUARTE ¹⁴⁴, PAULO LOPO SARAIVA ¹⁴⁵, WANDER PAULO MAROTTA MOREIRA ¹⁴⁶, de um lado, e os que lhe restringem o alcance, de outro.

Para o Ministro SYDNEY SANCHES, “*Os direitos e liberdades constitucionais a serem amparados pelo mandado de injunção são todos aqueles que a própria Constituição enuncia. Não só os individuais como os coletivos*” ¹⁴⁷.

No mesmo sentido, o Ministro CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO bem resume a posição dominante: “*o mandado de injunção protege direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, estas, sim, inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*” ¹⁴⁸.

GALENO LACERDA justifica com precisão este posicionamento, lembrando que “*na esfera civil, não há quase lacunas a preencher. No campo dos direitos sociais, sim. Criaram-se, aí, vários e importantes direitos, à espera de legislação ordinária ou complementar. Nessas hipóteses lacunosas, a injunção*

¹⁴¹ RDP 94:148.

¹⁴² “Mandado de Injunção” in: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *Mandados de Segurança e de Injunção*, p. 398.

¹⁴³ *Op. cit.*, p. 243.

¹⁴⁴ RIL 110:134-5.

¹⁴⁵ RIL 108:81.

¹⁴⁶ *Op. cit.*, p. 413.

poderá ser usada." ¹⁴⁹ Neste sentido também a observação de BARROSO, para quem *"é precisamente no campo dos direitos sociais que se registram os principais precedentes de omissão legislativa, em temas como seguro-desemprego e participação nos lucros das empresas"* ¹⁵⁰.

Entre os que restringem o alcance da garantia constitucional, CLÈMERSON MERLIN CLÈVE afirma que o mandado de injunção protege "todos os direitos constitucionais", acompanhando CALMON DE PASSOS quanto à ressalva daqueles *"exigentes da organização prévia de determinados serviços ou da alocação específica de recursos"* ¹⁵¹. Para CELSO AGRÍCOLA BARBI, *"Há, todavia, direitos que não poderão ser protegidos sem existência de norma regulamentadora, porque sua proteção depende de meios muito complexos, cuja falta a natural limitação da atividade do juiz não poderá suprir"* ¹⁵². MICHEL TEMER entende que deve haver uma definição constitucional dos *"contornos mínimos ensejadores da declaração do direito"* ¹⁵³, posição da qual compartilha ROQUE CARRAZZA ¹⁵⁴. Também o entendimento de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, já referido, de que não produzem as normas programáticas vinculação positiva, pode ser aí incluído. O tema será tratado no próximo item, quando se tratar do objeto do mandado de injunção.

¹⁴⁷ RT 635:52.

¹⁴⁸ RT 644:13.

¹⁴⁹ "Requisitos do mandado de injunção", *Zero Hora*, Porto Alegre, 25.10.88, *apud* VELLOSO, Carlos Mário da Silva. RT 644:7-17.

¹⁵⁰ RDA 191:03.

¹⁵¹ *Op. cit.*, p. 259.

¹⁵² RT 637:08

¹⁵³ "Mandado de injunção e seus limites", RDP 98:30.

¹⁵⁴ CDCCP 03:130.

A partir deste entendimento comum de que alguns direitos constitucionais não podem ser viabilizados por meio de mandado de injunção, a maioria dos autores exemplifica os efeitos desta sua posição, mencionando direitos que podem ser concretizados pelo juiz no caso concreto e outros que não podem sê-lo. Quando se confrontam tais exemplos, constata-se que existe acentuada dissonância na doutrina, o que parece ser atribuível à ausência de critério científico para a exclusão de direitos. A nosso ver, impera, a respeito, um casuísmo tendente a excluir do âmbito de proteção da garantia os direitos de cunho coletivo.

Para CELSO BARBI, o direito ao salário mínimo, nos termos da Constituição, bem como o direito à educação, se não houver vaga disponível em escola pública, não são tuteláveis por esta via ¹⁵⁵. Para CELSO BASTOS, enquanto o direito previsto no art. 5º, L, (direito das presidiárias a permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação) é concretizável através do mandado de injunção, o previsto no art. 5º, XXVIII, "a", (direito à proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas) não é passível de viabilização concreta por este instrumento. CLÈMERSON CLÈVE cita apenas exemplos de direitos que, a seu ver, podem ter seu exercício viabilizado, tais como os previstos no art. 5º, incisos VI (proteção aos locais de culto e a suas liturgias), VII (direito à prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva), XXVI (direito ao financiamento da atividade do pequeno produtor rural, garantida a impenhorabilidade da pequena propriedade rural, desde que trabalhada pela família, para efeito de pagamento de débitos decorrentes desta atividade),

XXVII (proteção ao direito autoral) e XXIX (proteção à propriedade intelectual e industrial), bem como o do art. 37, VIII (*“A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência, e definirá os critérios da sua admissão”*). Como já referido, este autor segue o entendimento de CALMON DE PASSOS a respeito, excluindo da proteção do mandado de injunção, em suma, as normas programáticas. Embora discordemos deste posicionamento acerca da eficácia jurídica das normas programáticas, é de se reconhecer que temos, aqui, um fundamento explícito.

MICHEL TEMER entende serem viabilizáveis através do mandado de injunção o direito à representação proporcional na Câmara de Deputados (art. 45, § 1º), o direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao rádio e à televisão (art. 17, § 3º), a imunidade ao ITR incidente sobre *“pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel”* (art. 153, § 4º). Seriam, ao contrário, inviabilizáveis judicialmente o direito de greve (art. 37, VII, da CF) e os previstos no art. 37, V (*“Os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei”*) e no art. 202, § 2º (*“Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.”*). ROQUE CARRAZZA também exclui do cabimento da injunção o direito de greve, assim como o direito ao salário-mínimo (art. 7º, IV),

entendendo, porém, como concretizáveis por esta via, também os direitos previstos no art. 45, § 1º e no art. 153, § 4º.

Alguns autores, quais sejam, aqueles que admitem a impetração coletiva do mandado de injunção, entendem que este pode ter por objeto a tutela de direitos coletivos (FLÁVIA PIOVESAN, CARLOS ARI SUNDFELD, WANDER PAULO MAROTTA MOREIRA, ROQUE CARRAZZA) e de direitos difusos (CARLOS ARI SUNDFELD, ROQUE CARRAZZA: “eventualmente”). Também para LUÍS ROBERTO BARROSO, como na redação do art. 5º, LXXI, “*não há cláusula restritiva, estão abrangidos todos os direitos constitucionais, sejam individuais, coletivos, difusos, políticos ou sociais*”¹⁵⁶.

O STF já firmou posição no sentido de ser tutelável via mandado de injunção todo e qualquer direito constitucional. Assim ocorreu de forma explícita no MI 107-DF, relatado pelo Ministro Moreira Alves, e de forma implícita no julgamento do MI 284-3, relatado pelo Ministro Celso Mello, em que se pleiteava o exercício do direito previsto no art. 8º, § 3º, do ADCT, e do MI 232-1, relatado pelo Ministro Moreira Alves, que tinha por fundamento o art. 195, § 7º, da Constituição Federal, ambos julgados procedentes. Convém citar aqui as considerações do relator no acórdão do primeiro deles. Neste, deixou assentado o Ministro Moreira Alves não ver

“razão suficiente para restringir os termos literais do inciso LXXI do art. 5º da Constituição – direitos e liberdades constitucionais – certo como é que a mesma razão que justifica a concessão do mandado de injunção aos

direitos e garantias previstos nesse art. 5º existe em relação aos outros direitos e garantias constitucionais (inclusive os sociais), cujo exercício seja inviabilizado pela falta de norma regulamentadora” (RTJ nº 133, julho de 1990, pp. 29-30).

5.3.3. Inviabilidade do exercício:

O terceiro pressuposto para o cabimento do mandado de injunção é que a ausência de regulamentação acabe por tornar inviável o exercício do direito alegado. Em outras palavras, se o direito estiver previsto em norma regulamentável, porém auto-executável, descabe a injunção.

Como ensina ROQUE CARRAZZA, com fundamento na classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA,

“não cabe mandado de injunção diante de normas constitucionais de eficácia plena, que, por terem aplicabilidade direta, imediata e integral, prescindem de normas regulamentadoras para produzirem todos os efeitos no mundo do direito. O mesmo podemos dizer das normas constitucionais de eficácia contida, que também têm aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral e, por isso mesmo, não demandam a edição de normas infraconstitucionais para irradiarem efeitos.”¹⁵⁷

¹⁵⁶ RDA 191:03.

¹⁵⁷ CDCCP 03:129. Há aqueles que confundem as normas de eficácia contida com as normas de eficácia limitada, concluindo que a simples remissão à lei no texto constitucional implica um diferimento da eficácia. Na realidade, é importante atentar para a distinção, pois, no caso das normas de eficácia contida, o legislador tem a **faculdade** de restringir-lhes o alcance e sua eficácia independe do exercício desta faculdade. Já no caso das normas de eficácia limitada, o legislador,

Também não cabe mandado de injunção, evidentemente, quando o titular do direito não tiver obstaculizado o seu exercício, ainda que ausente a regulamentação. Por exemplo, antes da regulamentação do direito à participação nos lucros ou resultados da empresa, o empregado de uma empresa que tivesse espontaneamente implantado um programa de participação nos lucros ou resultados não poderia ingressar com o mandado de injunção, pois, ainda que ausente a regulamentação legal, a empresa onde ele trabalhava já havia lhe permitido usufruir deste direito constitucional.

Numa terminologia processual, pode-se afirmar que, havendo a satisfação espontânea do direito, liberdade ou prerrogativa previsto na Constituição, está ausente o interesse de agir. Vale dizer, uma das condições da ação no mandado de injunção é a resistência ao cumprimento do preceito constitucional pelo destinatário passivo da norma ¹⁵⁸.

5.4. Finalidade e objeto:

Algumas das Constituições dos Estados Democráticos de Direito trataram expressamente do tema da aplicabilidade dos direitos fundamentais. Assim o

como vimos, tem a obrigação de regulamentá-las, pois isso é condição para que elas produzam efeitos no mundo dos fatos.

¹⁵⁸ GOMES, Luiz Flávio. RT 647:41.

fizeram as Constituições alemã ¹⁵⁹, espanhola (art. 53, 1) ¹⁶⁰ e portuguesa (art. 18, item 1) ¹⁶¹. Este o exemplo seguido pela Constituição brasileira em seu art. 5º, § 1º.

Para JOSÉ RUBENS COSTA, “O mandado de injunção se presta à realização do elemento social do Estado Democrático de Direito, impedindo que a falta de regulamentação permitisse o esvaziamento dos direitos fundamentais, ou que consistissem apenas no direito ideal/formal de liberdade, e não na realização da igualdade real/material.” ¹⁶²

Como anota FÁBIO COMPARATO, “se o Estado contemporâneo tem por finalidade última a transformação social, segue-se que a sociedade como um todo ou os diferentes grupos beneficiados têm em conjunto um direito à aplicação dos programas de ação conducentes a esse resultado. E, se têm esse direito, devem ter também uma ação judicial que o assegure.” ¹⁶³

É relevante mencionar exemplo da evolução jurisprudencial alemã a respeito:

“O Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, em acórdão de 29.01.69, afirmou que:

‘O argumento de que a norma programática tão só opera seus efeitos quando editada a lei ordinária que a implemente implica, em última instância, a

¹⁵⁹ “Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial” *apud* SILVA, Paulo Napoleão da, *A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal*, p. 116.

¹⁶⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. “Sobre a aplicabilidade da norma que instituiu o mandado de injunção” *in*: *Revista de Informação Legislativa* 104:46.

¹⁶¹ “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas” *apud* BARROSO, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 142.

¹⁶² *Op. cit.*, p. 442.

¹⁶³ RT 614:16

transferência de função constituinte ao Poder Legislativo, eis que a omissão deste retiraria de vigência, até a sua ação, o preceito constitucional.

Não dependendo a vigência da norma constitucional programática da ação do Poder Legislativo, quando - atribuível a esta edição de lei ordinária - dentro de um prazo razoável não resultar implementado o preceito, sua mora implica violação da ordem constitucional (Grau, 1985:44).”¹⁶⁴

Também aqui é possível elencar três posições acerca do tema. Uma primeira é a daqueles que entendem que o provimento jurisdicional no mandado de injunção deve ser o mesmo obtido na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, isto é, a ciência ao responsável pela edição da norma. Partidário deste entendimento é MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO.

A segunda posição, amplamente defendida na doutrina, é a de que o mandado de injunção tem por objeto a viabilização do direito no caso concreto. Dela compartilham, entre outros, CELSO AGRÍCOLA BARBI¹⁶⁵, CELSO BASTOS, CLÈMERSON CLÈVE, HÉLIO TORNAGHI¹⁶⁶, JOSÉ AFONSO DA SILVA, JOSÉ CARLOS CAL GARCIA¹⁶⁷, LUÍS ROBERTO BARROSO¹⁶⁸, MICHEL TEMER, PAULO NAPOLEÃO DA SILVA¹⁶⁹, SÉRGIO BERMUDEZ¹⁷⁰, além de alguns Ministros com posição minoritária no STF, como veremos.

¹⁶⁴ Sílvio Dobrowolski, *Revista dos Tribunais* nº 643, p. 17.

¹⁶⁵ RT 637:09.

¹⁶⁶ RF 306:84.

¹⁶⁷ RDP 88:115.

¹⁶⁸ RDA 191:04.

¹⁶⁹ *Op. cit.*, p. 120.

¹⁷⁰ RT 642:24.

Posição diametralmente oposta à primeira, por fim, é a dos que entendem caber ao Judiciário, em sede de mandado de injunção, atuar substitutivamente ao legislador, expedindo a norma regulamentadora necessária à operatividade do direito constitucional, com efeitos *erga omnes*. Este é o entendimento defendido, entre outros, por J. J. CALMON DE PASSOS, seguido por PAULO BONAVIDES¹⁷¹, e, ainda, por CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, LUIZ FLÁVIO GOMES, ROBERTO PFEIFFER e VICENTE GRECO FILHO¹⁷².

Sem sombra de dúvida, podemos afirmar que este é o tema crucial no que pertine ao mandado de injunção. Da posição que se tenha em relação a ele decorrem as que se terá nos demais temas controvertidos a respeito desta ação.

Assim, nos deteremos com mais vagar em cada uma das correntes, analisando os argumentos dos defensores de cada uma, bem como as críticas endereçadas por seus opositores, além dos diferentes entendimentos adotados no seio do Supremo Tribunal Federal.

5.4.1. Declaração da omissão e ciência ao Poder omisso:

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, principal representante desta primeira corrente, fundamenta sua posição, além de no princípio da separação de poderes (art. 2º e art. 60, § 4º, III), no fato de que, para ele, “*não se pode dar ao mandado de injunção um alcance que não tem a inconstitucionalidade*

¹⁷¹ Curso de Direito Constitucional, p. 463.

¹⁷² Tutela Constitucional das Liberdades, SP, Saraiva, p. 182, apud Ricardo Lobo Torres, RDA 187:106.

*por omissão. Esta, que é reservada a autoridades e a entes de alta representatividade, que apenas corre perante o mais alto Tribunal do país.”*¹⁷³

As principais críticas endereçadas a esta corrente repousam, de um lado, na identidade que se pretende com a decisão proferida na ação de inconstitucionalidade por omissão; de outro, na inefetividade da decisão meramente declaratória.

A primeira delas consiste, basicamente, no fato de ser desarrazoado supor que o constituinte criasse dois institutos com idêntico objeto ou, em outras palavras, duas ações distintas cuja prestação jurisdicional fosse a mesma.

Fazemos nossas as palavras de FLÁVIA PIOVESAN neste sentido:

“Faltaria qualquer razoabilidade ao constituinte se criasse dois institutos jurídicos com idêntica finalidade. A duplicidade de instrumentos jurídicos afastaria a logicidade e coerência do sistema constitucional, mesmo porque não haveria sentido em centrar a legitimidade ativa no caso de ação direta de inconstitucionalidade por omissão nos entes elencados pelos incisos I a IX do artigo 103 e, ao mesmo tempo, admitir a ampla legitimidade do mandado de injunção, que pode ser impetrado por qualquer pessoa, se ambos instrumentos apresentassem idênticos efeitos”¹⁷⁴.

¹⁷³ *Op. cit.*, p. 277.

¹⁷⁴ *Op. cit.*, p. 133. No mesmo sentido, as críticas de ROBERTO PFEIFFER: “não haveria razão lógica para o ordenamento jurídico prever uma ação de caráter concentrado perante o órgão de superposição de todo o sistema, com legitimação restrita, que teria os mesmos e idênticos efeitos de um remédio (o mandado de injunção) que poderia ser utilizado por qualquer pessoa” (*op. cit.*, p. 83) e

Fica implícita no texto constitucional a distinta finalidade dos dois institutos: enquanto o mandado de injunção visa à tutela dos direitos, liberdades e prerrogativas nele previstos cujo exercício seja inviabilizado pela ausência de regulamentação infraconstitucional, a ação de inconstitucionalidade por omissão visa à tutela da integridade do sistema constitucional, vale dizer, do direito objetivo em face da Constituição.

Pode-se concluir, assim, que as distintas finalidades e legitimação ativa previstas na Constituição para os dois institutos são razões mais do que suficientes para se concluir que distinto também deverá ser o conteúdo da decisão judicial em cada uma das ações.

Este entendimento é o que conta com menos adesões na doutrina constitucional e processual. Não obstante, como veremos adiante, foi este o posicionamento inicialmente predominante no Supremo Tribunal Federal.

Quanto à outra das críticas, dirigida à inefetividade da decisão meramente declaratória da omissão inconstitucional, uma breve verificação dos efeitos das decisões neste sentido proferidas pelo Supremo Tribunal Federal

de NELSON NERY JÚNIOR: “do jeito como foi decidido pelo STF no MI nº 107, reconheceu-se por via transversa que qualquer do povo estaria legitimado a pedir a declaração de inconstitucionalidade por omissão, o que está vedado pelo art. 103, *caput*, combinado com o § 2º, CF.” (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, São Paulo: RT, 1992, p. 105).

permite constatar que estas foram, não apenas inócuas, mas inúteis para os jurisdicionados ¹⁷⁵.

Neste passo, vários doutrinadores chamam a atenção para o fato de que o processo há de ter, sempre, um conteúdo útil, no sentido de garantir a efetividade dos direitos subjetivos daqueles que recorrem à jurisdição. Como lembra ROBERTO PFEIFFER, “um dos aspectos fundamentais do processo civil é a busca de **efetividade**. Com efeito, o **princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional** não inclui apenas a simples possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, mas, igualmente, o direito a uma tutela célere, efetiva e útil, por meio da qual o jurisdicionado consiga **tudo aquilo e exatamente aquilo que tenha direito de conseguir.**” ¹⁷⁶ Salienta ele ainda que a obrigação do Estado de prestar esta tutela efetiva é ainda maior quando o direito invocado tem sede constitucional, como no caso do mandado de injunção.

Também BARBOSA MOREIRA tece contundentes considerações sobre o tema:

“nos podemos guiar, creio eu, por uma idéia fundamental, que é a de que um instituto processual precisa ser organizado e atuado de maneira que alcance a maior carga possível de efetividade. Creio até que essa é a noção que devemos ter

¹⁷⁵ ROBERTO PFEIFFER faz uma interessante incursão pelas decisões proferidas pelo STF em mandados de injunção que invocavam o art. 45, § 1º (MI 219-3 *in* REALE JR., Miguel, *Casos de direito constitucional*, São Paulo: RT, 1992, pp. 69-73), o art. 37, VII (MI 20-4-DF, Rev. LTr 58: 641-54) e o art. 192, § 3º (MI 361-1-RJ, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Rev. JSTF Lex 190:135-50), da Constituição, a fim de mostrar a completa ausência de efetividade das decisões do STF nestes casos, em que simplesmente se declarou a inconstitucionalidade, cientificando-se o Poder Legislativo.

¹⁷⁶ *Op. cit.*, p. 84 – grifos do autor.

sempre em vista na aplicação de qualquer norma jurídica. As normas jurídicas são editadas para se tornarem efetivas na sua função de reger a vida social. Mas é uma necessidade que se torna particularmente aguda quando se trata de um instituto de base constitucional. Corremos sempre o perigo de que a Constituição se mantenha em plano um tanto estratosférico, se me permitem essa imagem. Costumamos lidar mais com o Código Civil, com o Código de Processo Civil, com o Código Penal do que com a Constituição. Costumamos olhar mais para a legislação ordinária do que para o texto constitucional. E, com isso, corremos o risco de que a Constituição se transforme em uma simples declaração de princípios sem atuação direta sobre a vida da sociedade. Creio que essa tendência precisa ser revertida. Afinal, a Constituição é a norma máxima. Ela precisa ser mais atuada até do que o Código Civil, do que o Código de Processo Civil, do que o Código Penal, do que o Código Comercial.”¹⁷⁷

Em síntese, podemos dizer que estão em jogo dois princípios constitucionais basilares: o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o princípio da supremacia da Constituição.

Como lembra com precisão FLÁVIA PIOVESAN, havendo que se fazer uma opção entre o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da separação de poderes, invocado por aqueles que advogam o conteúdo meramente declaratório da decisão proferida no mandado de injunção, indubitavelmente se haverá de optar pelo primeiro, eis que, suprimido aquele, não apenas a separação

¹⁷⁷ “Mandado de injunção”. In: *Revista de Processo* nº 56, p. 114, out/dez 1989.

de poderes mas todas as demais garantias constitucionais restariam, de conseqüência, também suprimidas.

Não é demais lembrar, por fim, que a cientificação ao poder omissivo, a par de inútil, posto não prever sanção para o seu descumprimento, é também despropositada, pois ninguém mais do que o órgão em mora sabe que não cumpriu o seu dever constitucional.

5.4.2. Viabilização do direito com efeitos *inter partes*:

Esta é a corrente que goza de mais aceitação no meio doutrinário. Ela representa, pode-se dizer, um meio termo na controvérsia, de modo que são muitos os seus adeptos. Alguns posicionamentos podem ser exemplificativamente citados.

CARLOS ARI SUNDFELD afirma que *“o juiz, ao acolher a injunção, deve criar uma regra que cumpra, no caso específico, a função da norma omitida, para permitir o concreto exercício do direito constitucionalmente assegurado.”*¹⁷⁸

No mesmo sentido o Ministro CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, *“No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável, em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de*

¹⁷⁸ RDP 94:149.

*injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável.”*¹⁷⁹

Oportunas, ainda, as colocações de RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA:

“Limitar-se a efetuar a constatação da inexistência da norma e comunicar ao órgão legislativo tal constatação é desconhecer a grandeza da inserção da garantia no texto constitucional.

O Tribunal competente deve editar norma que gerará efeitos concretos, disciplinando a relação jurídica emergente da lide.”¹⁸⁰

Também CELSO BASTOS defende posição semelhante: “o de que aqui se versa é de garantir ao impetrante o asseguramento de direito que, contemplado na Constituição, não lhe é deferido por quem de direito por falta de uma norma regulamentadora que torne viável o exercício do aludido direito”¹⁸¹.

No mesmo passo, entende JOSÉ AFONSO DA SILVA que “Não é função do mandado de injunção pedir a expedição da norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (...) o conteúdo da decisão consiste na outorga do direito reclamado”¹⁸².

¹⁷⁹ RT 644:14.

¹⁸⁰ RT 677:93.

¹⁸¹ *Op. cit.*, p. 220.

¹⁸² *Op. cit.*, p. 394.

Para MICHEL TEMER, “o Judiciário deve declarar o direito para que dele possa desfrutar o postulante”¹⁸³.

CLÈMERSON MERLIN CLÈVE expressa entendimento peculiar no que tange a este tema:

“Concorde-se, porém, que nenhuma das três posições, isoladamente, rende conta da funcionalidade do mandado de injunção. Se o *mandamus* não se presta para instrumentalizar a reação do jurisdicionado contra o silêncio normativo, visando a regulação geral-abstrata, pelo Judiciário, do direito inviabilizado pela falta de norma regulamentadora (sentença judicial constitutivo-normativa), parece certo que ele cumpre, pelo menos, e simultaneamente, duas finalidades: (i) viabilizar o exercício do direito constitucional, **quando isso seja juridicamente possível** e (ii) em qualquer caso, viabilizado ou não o exercício do direito, dar ciência ao órgão legislativo ou executivo omissos, para que adotem as providências necessárias. Sim, porque, mesmo removidos, quando possível, os obstáculos à fruição do direito, nem por isso o impetrante perderá o interesse no suprimento, pelo órgão competente, da declarada omissão.”¹⁸⁴ (grifos nossos).

JOSÉ DA SILVA PACHECO defende posição semelhante, afirmando, em síntese, que os entendimentos da primeira e da segunda correntes não são

¹⁸³ RDP 98:29.

¹⁸⁴ *Op. cit.*, p. 255.

excludentes, mas complementares ¹⁸⁵. No mesmo sentido o posicionamento de HELY LOPES MEIRELLES acerca do tema ¹⁸⁶.

Existe, porém, uma divergência entre os partidários desta corrente no que se refere à satisfação propriamente dita do direito constitucional invocado. Para alguns, deve o juízo competente para o julgamento do mandado de injunção limitar-se a proceder a regulamentação do direito inviabilizado. Para outros, deve, no mesmo processo, condenar o obrigado a satisfazer o interesse do impetrante.

Entre os que examinaram este tema, filiam-se ao primeiro posicionamento CELSO BASTOS ¹⁸⁷, MICHEL TEMER ¹⁸⁸, MOACYR AMARAL SANTOS ¹⁸⁹, ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA ¹⁹⁰ e VOLNEY ZAMENHOF DE OLIVEIRA SILVA ¹⁹¹.

Já ao segundo posicionamento, basicamente com fundamento no princípio da economia processual, filiam-se CELSO AGRÍCOLA BARBI ¹⁹², FLÁVIA PIOVESAN ¹⁹³, HÉLIO TORNAGHI ¹⁹⁴, JOSÉ AFONSO DA SILVA ¹⁹⁵, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ¹⁹⁶, JOSÉ RUBENS COSTA ¹⁹⁷, REGINA

¹⁸⁵ *Op. cit.*, p. 251.

¹⁸⁶ *Apud* BARROSO, RDA 191:04.

¹⁸⁷ *Op. cit.*, p.221.

¹⁸⁸ *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 199.

¹⁸⁹ *Op. cit.*, p. 29.

¹⁹⁰ *Op. cit.*, p. 231.

¹⁹¹ *Lineamentos do Mandado de Injunção*. São Paulo: RT, 1993, p. 91.

¹⁹² *Op. cit.*, p. 09.

¹⁹³ *Op. cit.*, pp. 138-47.

¹⁹⁴ RePro 56:44.

¹⁹⁵ *Mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: RT, 1989, p. 27.

¹⁹⁶ *Op. cit.*, pp. 114-5.

¹⁹⁷ *Op. cit.*, p. 441.

QUARESMA ¹⁹⁸, SÉRGIO BERMUDEZ ¹⁹⁹, entre outros. A nós parece que o posicionamento desta segunda subcorrente é o mais condizente com os princípios constitucionais já analisados, especialmente o da inafastabilidade da jurisdição.

Esta, aliás, é também a solução adotada em dois projetos de lei que, segundo informa ROBERTO PFEIFFER, ainda tramitavam no Congresso Nacional até 1998. Esclarece ele que o art. 7º do Projeto de Lei nº 76/88, de autoria do Senador Rui Bacelar, assim dispõe:

“Art. 7º. Julgado procedente o pedido, o juiz especificará as condições em que o direito deverá ser exercido e determinará a expedição de mandado de injunção a favor do requerente para ser cumprido pela pessoa, órgão ou entidade perante o qual o requerente pleiteia o direito”.

Da mesma forma, estabelece o Projeto de Lei nº 998/88, apresentado pelo deputado Maurílio Ferreira Lima, em seu artigo 15:

“Art. 15. O mandado de injunção, concedido liminarmente ou mediante acórdão ou sentença final, conterá todos os elementos necessários ao efetivo exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais reclamados, bem como a determinação dos atos a serem cumpridos ou omitidos pelo impetrado.”

Tal entendimento também conta com alguns adeptos na jurisprudência. O Ministro Carlos Velloso, por exemplo, o adotou em voto vencido proferido no MI 283-5, *verbis*:

¹⁹⁸ *Op. cit.*, p. 123.

¹⁹⁹ RT 642:24.

“Será pago ao impetrante o maior salário pago a piloto na aviação comercial brasileira, salário esse que será informado pelo sindicato da categoria, multiplicado pelo número de meses em que o impetrante ficou impedido de exercer a sua função de aviador, fazendo jus o impetrante, ademais, a habilitar-se à aposentadoria especial paga pela União por intermédio da Previdência Social, vedada a acumulação de aposentadorias. (...)”

defiro, em parte, o mandado de injunção, determinando a expedição de notificação à União Federal e à Previdência Social, para a concessão dos benefícios nos termos acima expostos. A notificação conterá, portanto, uma obrigação de fazer.”

Também o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já externou posição semelhante a respeito, ao deixar assentado que

“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”.*²⁰⁰

As críticas dirigidas à segunda corrente residem, basicamente, na: a) possível ofensa ao princípio da isonomia em face de decisões discrepantes proferidas em sede de mandado de injunção; b) incompatibilidade do julgamento de inúmeras lides envolvendo direitos constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

A primeira delas parte, por exemplo, de LUIZ FLÁVIO GOMES e JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, que temem o risco ao princípio da isonomia em face da potencial regulamentação diferenciada de situações idênticas. Para JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, o risco é o mesmo que está presente nas demais decisões judiciais, razão pela qual já existem no ordenamento jurídico mecanismos para minorá-lo, tal como a uniformização de jurisprudência²⁰¹. ROBERTO PFEIFFER lembra, por seu turno, que a prestação jurisdicional no mandado de injunção possui um conteúdo mais amplo que no comum das lides, o que, mesmo com a competência concentrada nos Plenários e Órgãos Especiais dos tribunais, realmente traz um risco de uma disparidade maior que a de ordinário existente²⁰².

²⁰⁰ MI nº 06/90, Rel. Des. Barbosa Moreira, IV Grupo de Câmaras Cíveis, Julg.: 06.02.1991 *apud* QUARESMA, Regina, *op. cit.*, pp. 86-7.

²⁰¹ *Op. cit.*, p. 117.

²⁰² *Op. cit.*, p. 98.

Quanto à segunda, trata-se de uma preocupação manifestada pelo Ministro Moreira Alves nos debates travados com o Ministro Carlos Velloso por ocasião do julgamento do MI nº 235-RJ:

“Com essa interpretação poderíamos ter de julgar as ações individuais, por exemplo, de milhares de funcionários do Banco do Brasil. V. Ex^a. acredita que os constituintes quiseram inviabilizar o Supremo Tribunal Federal, criando uma ação que o tornaria o foro originário de milhares de ações constitutivas?” ²⁰³

O Ministro Carlos Velloso procurou refutar a preocupação de seu par:

“Ministro, se esses 120 mil funcionários vêm em litisconsórcio ativo, uma única decisão pode ser proferida, quer dizer, esse é um argumento ad terrorem que pode ser afastado com facilidade e não me intimidaria, data venia; se viesse um único piloto, para, posteriormente, os outros o acompanharem, aquela primeira decisão serviria de precedente para as demais.”

Por outro lado, é preciso refletir sobre as considerações de ROBERTO PFEIFFER a respeito:

“Embora possa ser efetivamente ressalvada a possibilidade de formação de litisconsórcios, bem como a substituição ou representação processual por intermédio de sindicatos e associações, que poderiam, com uma única decisão, beneficiar centenas de membros da categoria e da classe, tal circunstância não elimina o risco de ter o Supremo que

julgar milhares de ações, até mesmo porque não se poderia obrigar a todos que postulassem em litisconsórcio ativo multitudinário ou mediante substitutos ou representantes processuais.”²⁰⁴

LUIZ FLÁVIO GOMES salienta ainda que a posição da segunda corrente acarreta prejuízos à celeridade processual, pois a existência de uma ação para cada caso concreto faria com que houvessem milhares de ações a serem julgadas sobre o mesmo tema²⁰⁵.

Para a melhor operacionalização da segunda corrente, de fato, o ideal seria a alteração das regras de competência estabelecidas na Constituição para o processamento e julgamento do mandado de injunção, como defende, por exemplo, WANDER PAULO MAROTTA MOREIRA²⁰⁶.

Como lembra com pertinência ROBERTO PFEIFFER, tal alteração não eliminaria, porém, o risco de violação ao princípio da isonomia, motivo pelo qual defende, a nosso ver, acertadamente, este autor, que seja adotada a terceira corrente²⁰⁷, sobre a qual discorreremos a seguir.

²⁰³ RTJ 144:685-7.

²⁰⁴ *Op. cit.*, pp. 99-100.

²⁰⁵ RT 647:40.

²⁰⁶ *Op. cit.*, pp. 405-21.

²⁰⁷ *Op. cit.*, p. 100.

5.4.3. Viabilização do direito com efeitos *erga omnes*:

São ponderáveis e enfáticos os argumentos trazidos pelos autores que se filiam à terceira corrente. Para LUIZ FLÁVIO GOMES, “se fosse para conceder só o direito reclamado em concreto não haveria necessidade do mandado de injunção, mesmo porque o juiz não pode se escusar de decidir quando há omissão legislativa (LICC, art. 4º e CPC, art. 126).”²⁰⁸

Já para CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, muito embora se mostre “sedutora a idéia de que a regra complementar da lacuna é editada pelo juiz somente para o caso concreto (...), não parece crível, nem adequado e muito menos conveniente que o órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro passe a se dedicar ao julgamento de lides concretas, inclusive procedendo a sua instrução, colhendo depoimentos, mandando realizar perícias, etc.” Por tais razões, bem como por força do “princípio da máxima efetividade”, “segundo o qual a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, e que traz como corolário esta outra proposição: ‘no caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais’”, entende ele que o provimento jurisdicional no mandado de injunção há de se assemelhar à **sentença normativa**, em vigor no âmbito da Justiça do Trabalho desde a Constituição de 1946²⁰⁹.

É pertinente a respeito a redação do anteprojeto da Comissão de Sistematização, abrindo o Capítulo relativo às garantias constitucionais:

²⁰⁸ RT 647:43.

²⁰⁹ RePro 56:88.

“Art. 32. Os direitos, liberdades e prerrogativas previstos nesta Constituição não excluem outros inerentes aos princípios fundamentais da Nação, ou constantes de Declarações internacionais assinadas pelo País.

§ 1º- As normas que definem esses direitos, liberdades e prerrogativas têm eficácia imediata.

§ 2º - Na falta de leis, decretos ou atos complementares necessários à aplicação dessas normas, o Juiz ou o Tribunal competente para o julgamento suprirá a lacuna, à luz dos princípios fundamentais da Constituição e das Declarações Internacionais de Direitos de que o País seja signatário, recorrendo, de ofício, sem efeito suspensivo, ao STF.

*§ 3º - Os **suprimentos normativos deduzidos em última instância**, na forma do parágrafo anterior, terão **vigência de lei** até que o órgão competente os revogue por substituição.”* (grifos nossos).

Lamentavelmente, tal regramento explícito acerca do objeto do mandado de injunção não constou da redação final da Constituição. Tal não significa, porém, que ele não possa ser inferido implicitamente do texto constitucional.

A principal crítica endereçada especificamente à terceira corrente é a de que o entendimento por ela defendido implica numa violação ao princípio da separação de poderes, pois a elaboração de normas gerais é função típica do Poder Legislativo, não do Poder Judiciário.

Como bem aponta ROBERTO PFEIFFER, há vários outros exemplos de decisões judiciais com validade *erga omnes*: a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de constitucionalidade, as ações coletivas para tutela de direitos difusos ou individuais homogêneos ²¹⁰, sem falar nas sentenças normativas.

Ademais, tece preciosas considerações sobre o sistema da separação de poderes, que, no Estado contemporâneo, não mais é concebido como o de uma separação estrita, pois repousa mais na possibilidade de controles recíprocos entre os poderes do que numa separação sem exceções. Aliás, as exceções são abundantes no sistema constitucional brasileiro, no qual o sistema da separação entre os poderes está verdadeiramente estruturado como sistema de “freios e contrapesos” (*checks and balances*), “no qual, embora a cada poder seja destinada uma função precípua e própria, cada um deles exerce controle sobre o outro, sem sobrepor-se” ²¹¹.

Nunca é demais lembrar que o sistema de separação de poderes do Estado de bem-estar social não é o mesmo do Estado liberal clássico. Mesmo neste, aliás, a separação nunca chegou a ser completa. Mas, à medida que o Estado foi ampliando o âmbito de sua atuação, a interpenetração de funções passou a ser cada vez mais constante, sempre, porém, preservada a essência da independência entre os poderes ²¹².

²¹⁰ *Op. cit.*, p. 106.

²¹¹ PFEIFFER, Roberto, *op. cit.*, p. 107-8.

²¹² ROBERTO PFEIFFER bem elucida a questão: “Não se nega que haja um caráter de novidade em uma maior presença do Poder Judiciário no controle dos poderes. Entretanto, tal circunstância é consentânea com as características de nossa Carta Constitucional, que, ao prever tantos direitos de

Esta restaria assegurada, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, desde:

“a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; b) que, no exercício das atribuições, que lhe sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais.”²¹³

Os três aspectos são essenciais, digamos assim, para a preconizada independência, não admitindo exceções, a princípio. Entretanto, o primeiro deles resta maculado na própria forma de composição do órgão de cúpula do Judiciário, da qual participam os outros dois poderes. Trata-se, contudo, de exceção prevista no próprio texto constitucional, que traz muitas outras, como: a) a própria existência do controle de constitucionalidade das leis, que representa um controle do Legislativo pelo Judiciário (arts. 102, I, “a” e 103); b) a edição de Medidas Provisórias com força de lei e de leis delegadas pelo Poder Executivo (arts. 62 e 68); c) a participação do Poder Executivo no processo legislativo através da sanção e do veto, sem falar no pedido de urgência para apreciação dos projetos de lei de sua iniciativa (arts. 64 e 66); d) o exercício de função jurisdicional pelo Poder Legislativo no julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República pelo Senado Federal (arts. 85 e 86); e) a possibilidade de o Poder Legislativo subtrair à apreciação jurisdicional ao decidir se autoriza ou não que membro seu seja processado por crime comum (art. 53, § 1º); f) a edição de decretos regulamentadores pelo Poder Executivo (art. 84, IV). Todos estes são

conteúdo prestacional e estar preocupada com direitos de ordem social, difusa e coletiva, evidentemente também pressupõe, para sua efetividade, uma atuação do Poder Judiciário distinta da tradicionalmente desempenhada na égide das Constituições liberais.” *Op. cit.*, p. 111.

exemplos de “funções atípicas” de cada um dos Poderes, cujo nome indica apenas a função preponderantemente, mas não exclusivamente, exercida pelos seus integrantes.

Poderíamos enumerar aqui muitas outras exceções, mas o que importa salientar, em suma, é que a concepção defendida pela terceira corrente para o mandado de injunção, ao contrário de algumas outras exceções consagradas no texto constitucional, não viola de forma alguma nenhum dos três aspectos apontados pela doutrina como essenciais à independência entre os poderes.

Ademais, é preciso sublinhar que não há que se falar em legislação propriamente dita ao proceder o Judiciário à regulamentação provisória de direitos constitucionais, eis que a fonte destes é a própria Constituição. O direito subjetivo é conferido pela Lei Maior, não criado pelo Judiciário. *“O que inexistia era a possibilidade de seu exercício, não sua configuração. Não se trata, assim, de uma função criadora de direito inexistente, mas de uma criativa utilização do ordenamento jurídico para implementação de um direito positivado na Constituição.”*

214

A regulamentação provisória pelo Poder Judiciário no mandado de injunção bem se insere neste contexto, eis que desfruta de caráter meramente subsidiário, entrando em cena somente quando deixa o Poder Legislativo de cumprir sua missão constitucional. Desta forma, *“não há qualquer possibilidade de o*

²¹³ *Op. cit.*, p. 100.

²¹⁴ PFEIFFER, Roberto. *Op. cit.*, p. 111.

*Poder Judiciário sobrepor-se aos demais poderes: bastará ao órgão incumbido da atribuição de regulamentar o direito que embasou a impetração do mandado de injunção cumprir seu dever, que se operará de imediato a substituição da regulamentação provisória realizada pelo Poder Judiciário pela regulamentação definitiva levada a cabo pelo ente originariamente competente para tanto.”*²¹⁵

Ademais, esta corrente, a par de dar à decisão proferida no mandado de injunção um conteúdo consentâneo com a sua finalidade, não traz os inconvenientes da segunda corrente, consubstanciados no risco de violação ao princípio da isonomia e na incompatibilidade desta concepção com as regras de competência estabelecidas na Constituição, que concentrou seu julgamento principalmente nos Tribunais Superiores.

5.4.4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Como já dito, a posição inicialmente assumida pelo STF no que concerne ao conteúdo do provimento jurisdicional no mandado de injunção assemelha-se àquela defendida pela primeira corrente.

Exemplificativo neste sentido foi o acórdão proferido no MI nº 107-DF, em cujo julgamento, que teve como relator o Ministro Moreira Alves, ficou estabelecido, em Questão de Ordem, por maioria, que seria dado provimento parcial ao *mandamus*, para os fins de declarar a inconstitucionalidade da omissão

²¹⁵ PFEIFFER, Roberto. *Op. cit.*, p. 109. Para este autor, “o que não nos parece razoável é que o Poder Judiciário furte-se de controlar a omissão inconstitucional dos demais poderes em

normativa, dando-se ciência ao órgão moroso para que a suprisse. Conferiu-se, todavia, ao menos algum efeito prático à decisão, ao estabelecer-se que, nos casos em que o direito invocado no mandado de injunção fosse oponível contra o Estado, poderia ser determinada a suspensão de processos judiciais e/ou administrativos porventura instaurados contra o impetrante, até que sobreviesse a regulamentação. A argumentação desenvolvida pelo relator do acórdão coincide com a esposada por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO ²¹⁶.

Posteriormente, o STF avançou alguns passos em seu entendimento quanto à abrangência da decisão proferida em mandado de injunção. Assim, em alguns julgamentos, fixou um prazo para que o órgão regulamentador omissor suprisse a omissão e determinou que, escoado este prazo sem que tivesse havido a regulamentação do dispositivo invocado, ficaria removido o obstáculo para o exercício do direito constitucional. Esta remoção poderia ser concretizada por uma de duas formas: a) em alguns casos, foi reconhecida ao impetrante a faculdade de obter, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação do órgão omissor à reparação dos danos sofridos; b) em outros, determinou-se que o impetrante poderia passar a gozar desde logo do direito até então inviabilizado.

O acórdão paradigmático desta primeira modalidade é o proferido no MI nº 283-5, cuja ementa transcrevemos a seguir:

“Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º,

regulamentar direitos previstos na Constituição, permitindo que seus titulares continuem a não poder usufruí-los”.

²¹⁶ In: RTJ 133:11-2.

§ 3º, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultado o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos.

1. O STF admite – não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 – QO) – que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas de atendimento impossível, se contém o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232).
2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8º, § 3º - *'Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação 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'*) - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada.
3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado é a entidade estatal à qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que

obsta o seu exercício, é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito.

4. Premissas de que resultam [*sic*], na espécie, o deferimento do mandado de injunção para:
 - a) declarar em mora o legislador com 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;
 - 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.” (Julgamento: 20.03.1991 – Relator: Ministro Sepúlveda Pertence – Rev. JSTF Lex 158:98-9) ²¹⁷

Pertinente, a respeito, a transcrição de trecho do voto vencido do Ministro Marco Aurélio neste julgamento:

“Agora vejam a situação *sui generis*: o Tribunal, dizendo-se competente para apreciar o mandado de injunção – e ninguém tem dúvida quanto a isso – reconhece que, passados dois anos, ainda não foi editada a lei de que cogita o dispositivo constitucional. Em um passo subsequente, ao invés de atuar de forma concreta e fixar os parâmetros da reparação que serão futuramente disciplinados por lei, transfere essa fixação ao juízo.” ²¹⁸

É, de fato, impressionante – para dizer o mínimo – o entendimento do STF de que a fixação dos parâmetros por ele, órgão incumbido constitucionalmente do julgamento do mandado de injunção, fira o princípio da separação de poderes, ao passo que a fixação pelo juízo comum não o faça. Isso sem falar na gritante violação ao princípio da economia processual.

²¹⁷ Posteriormente, no julgamento de outros mandados de injunção tratando do mesmo tema, o STF, entendendo que já havia decorrido o prazo por ele assinalado ao Congresso Nacional, reconheceu-se, aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, a ação de reparação de danos respectiva (MI nº 284-DF, Rel. Ministro Celso Mello *in*: JSTF-Lex 158:01).

²¹⁸ Julgamos pertinentes as colocações de ROBERTO PFEIFFER no sentido de que “Tais decisões limitaram-se a remover, formalmente (mas não substancialmente), o obstáculo à realização do direito. Isso porque remeteram os impetrantes ao juízo ordinário, sem estabelecer os parâmetros por meio dos quais seria arbitrada a indenização pleiteada. Na realidade, **delegaram a outro órgão jurisdicional a tarefa de regulamentar o dispositivo constitucional**, pois é evidente que o juízo ordinário necessitará estabelecer os parâmetros para o cálculo da indenização, os quais nada mais serão do que a regulamentação viabilizadora do exercício do direito constitucional em pauta.” (*Op. cit.*, p. 89).

Com a devida vênia, este não é, contudo, o único ponto que causa espanto nas decisões do STF em mandados de injunção. Em outro julgamento, posterior àquele, em mandado de injunção impetrado com fundamento no art. 7º, XXI da Constituição, o Ministro Néri da Silveira proferiu voto em que julgava parcialmente procedente o mandado de injunção,

“para reconhecer existente a omissão do Congresso Nacional na elaboração da norma regulamentadora do art. 7º, XXI, da Constituição, dando-se-lhe ciência dessa situação e assinando-lhe o prazo de seis meses para a elaboração da lei prevista na Constituição. Se, vencido o prazo estabelecido, sem que a lei de regulamentação se edite, asseguro ao requerente o direito de pedir, no juízo trabalhista, integrada a relação processual pela ex-empregadora, a fixação do *quantum* devido, a título de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, com base no art. 7º, XXI, da Constituição, cabendo, então, à Justiça do Trabalho, diante das circunstâncias do caso concreto, estipular o que entender de direito.”²¹⁹

Não obstante totalmente condizente com o posicionamento do STF no julgamento citado anteriormente, restou vencido o Ministro Néri da Silveira, havendo o tribunal, por maioria, proferido decisão semelhante à proferida no MI nº 107-DF (declaração da omissão, com ciência ao Congresso Nacional), restando vencidos também os Ministros Carlos Velloso, Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que julgavam procedente o pedido em termos mais amplos, procedendo desde logo à regulamentação provisória.

²¹⁹ MI nº 369-DF *in*: Rev. JSTF Lex 144:400.

Percebe-se, assim, muito embora as razões para tanto não fiquem explícitas nos acórdãos, que a posição majoritária do STF tem variado conforme o direito constitucional invocado.

Nos casos em que o STF adotou a segunda modalidade de remoção do obstáculo ao exercício do direito, por exemplo, a sua posição está muito mais próxima da segunda corrente do que da primeira. Vejamos a ementa da decisão proferida no MI nº 232-RJ:

“Mandado de injunção.

Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no § 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 artigo 195, § 7º da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.” (Julgamento: 01.07.91 – Publicação: DJU 27.03.92 – Relator: Ministro Moreira Alves - *In*: Rev. JSTF Lex 167:105)

Assim, embora sejam ainda casuísticas e, digamos, longe de explorar o potencial do novo instrumento, estas decisões mais recentes, se comparadas com o entendimento inicialmente adotado, permitem vislumbrar um considerável avanço no posicionamento do STF a respeito do conteúdo do provimento jurisdicional no mandado de injunção. Se considerarmos, ainda, a estabilidade das posições minoritárias dos Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio a respeito do tema, é possível apontar uma tendência inequívoca no sentido de se adotar predominantemente o entendimento da segunda corrente descrita neste trabalho.

5.5. Parâmetros da decisão:

É comum entre aqueles que entendem ser o mandado de injunção instrumento similar ao *writ of injunction* a sua assimilação a este no que toca aos parâmetros pelos quais deve se guiar o provimento jurisdicional. Para estes autores, este há de se fundar na equidade. São defensores deste critério, para citar alguns, HÉLIO TORNAGHI ²²⁰, CAL GARCIA ²²¹, CARLOS MÁRIO VELLOSO ²²², JOSÉ AFONSO DA SILVA e GALENO LACERDA ²²³.

Com efeito, a equidade há de ser sempre um parâmetro a nortear a decisão judicial, em face das lacunas aparentes do sistema jurídico. Entendemos, porém, que não se trata do único critério a ser utilizado.

²²⁰ RF 306:83.

²²¹ RDP 88:115.

²²² RT 644:14.

²²³ *Op. cit.*, pp. 103-4.

A nosso ver, os princípios gerais do direito, especialmente os princípios constitucionais, bem como a analogia e a finalidade social da norma tampouco devem ser ignoradas não apenas como fontes supletivas, mas como alicerce de toda interpretação jurídica. Não é outro o entendimento decorrente da leitura dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, integralmente recepcionados pela Constituição de 1988.

ROBERTO PFEIFFER nos fornece exemplos de regulamentações de direitos constitucionais em sede de mandado de injunção procedidas por Ministros que foram votos vencidos no Supremo Tribunal Federal.

Um deles foi a regulamentação do direito previsto no art. 195, § 7º da Constituição, qual seja, a imunidade de contribuição para a Seguridade Social conferida às entidades beneficentes de assistência social, por parte dos Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Célio Borja. Foram os Ministros buscar inspiração no Código Tributário Nacional, que em seu art. 14 estabelece os requisitos para a imunidade dos partidos políticos e das instituições de educação ou de assistência social, assegurando à impetrante o gozo da imunidade desde que observados os mesmos requisitos²²⁴.

Outro exemplo citado pelo mesmo autor refere-se ao voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso em mandado de injunção que buscava viabilizar o exercício do direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (art. 7º, XXI, da CF):

²²⁴ *Op. cit.*, pp. 114-5.

“Ao que sustento, Sr. Presidente, o mandado de injunção, que tem caráter substantivo, faz as vezes da norma infraconstitucional ausente e integra o direito ineficaz – ineficaz em razão da ausência da norma regulamentadora –, à ordem jurídica. É isto o que está posto, ao que leio, ao que compreendo, no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição. Reporto-me a votos que já proferi a respeito do tema e a trabalhos que tenho escrito a este respeito.

Assim posta a questão, faço o que, segundo penso, a Constituição quer que eu faça: para o caso concreto elaboro a norma nos seguintes termos: o aviso prévio será de dez dias por ano de serviço ou fração superior a seis meses, observado o mínimo de trinta dias. Obtida a norma – e é isto o que o impetrante procura obter no mandado de injunção – o impetrante, mediante reclamação trabalhista, procurará a viabilização do direito que a Constituição lhe conferiu.”²²⁵

Também em mandado de injunção impetrado para viabilizar o direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII da CF), os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso, em seus votos, procederam à regulamentação provisória do direito invocado, buscando os parâmetros para tanto na Lei nº 7.783/89, que disciplina o direito de greve dos trabalhadores em geral, com as adaptações necessárias²²⁶.

Merece ainda ser citado o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio no MI nº 469-2-PR, em que se invocava o direito constitucional previsto no art. 192, § 3º, da

²²⁵ MI 369-DF, RTJ 144:106-7 *apud* PFEIFFER, Roberto. *Op. cit.*, p. 116.

²²⁶ MI 438-2/400-GO e MI 20-DF (Rev. JSTF Lex 201:144-5) *apud* PFEIFFER, Roberto. *Op. cit.*, pp. 115-6.

Constituição Federal (limitação dos juros reais a 12% ao ano), e que foi acompanhado pelos Ministros Carlos Velloso e Néri da Silveira, em seus votos:

“Senhor Ministro, peço vênua para divergir do Relator e ir mais além, emprestando, portanto, uma eficácia maior à norma do inciso LXXI do rol das garantias constitucionais.

Aponto que, no caso, juros reais estão representados pelos acessórios, expungida a correção monetária, ou seja, temos como juros reais o que realmente remunera o capital.

Neste sentido é o meu voto.

Defiro o pedido formulado no mandado de injunção.” (Relator Ministro Ilmar Galvão, Julg. 26.05.95, Publ.: DJU 10.11.1995.)

5.6. Legitimidade ativa:

Sujeito ativo do mandado de injunção é, a princípio, aquele que pretende exercitar o direito constitucionalmente previsto.

J. J. CALMON DE PASSOS, todavia, entende possível a impetração do mandado de injunção também pelo sujeito passivo da relação jurídica substancial, isto é, por aquele obrigado em face do titular do direito constitucional, pois também este tem interesse em ver-se liberado da obrigação. Neste caso, o sujeito passivo seria o titular do direito constitucional ²²⁷.

Refuta, todavia, a possibilidade de mandado de injunção coletivo, pois, para ele, “a injunção pressupõe direito certo, definido para situação individual determinada e, se é aceitável litisconsórcio no mandado de injunção, é de repelir-se a indeterminação subjetiva, o que seria ineliminável do mandado de injunção coletivo.”²²⁸

A questão, indubitavelmente, não é das indagações mais simples suscitadas pelo mandado de injunção. Poucos autores se arriscaram a um pronunciamento sobre a questão. Dentre os que o fizeram, contudo, a tendência é pela admissibilidade da impetração coletiva. Neste sentido, CLÊMERTON CLÈVE²²⁹, FLÁVIA PIOVESAN²³⁰, MILTON FLAKS²³¹, ROBERTO PFEIFFER²³², ROQUE CARRAZZA²³³ e WANDER PAULO MAROTTA MOREIRA²³⁴.

Entendemos que, em razão da finalidade e pressupostos do mandado de injunção, que, a nosso ver, abarca todos os direitos constitucionais, inclusive os de natureza coletiva, em razão do princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais, tanto motivos de economia processual quanto o disposto nos arts. 5º, XXI - que prevê a legitimidade das entidades associativas, quando expressamente autorizadas, para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente - e 8º, III -

²²⁷ *Op. cit.*, p. 117-8.

²²⁸ *Op. cit.*, p. 117.

²²⁹ *Op. cit.*, p. 251.

²³⁰ *Op. cit.*, p. 126. Para esta autora, contudo, incabível o mandado de injunção para a defesa de direitos difusos.

²³¹ RT 681:47.

²³² *Op. cit.*, pp. 172-4.

²³³ CDCCP 03:125. Admite CARRAZZA, ainda, que, “eventualmente”, o mandado de injunção pode ser utilizado na defesa de interesses difusos.

²³⁴ *Op. cit.*, p. 410. Este autor fundamenta sua posição afirmando dever-se dar ao mandado de injunção tratamento análogo ao do mandado de segurança, que a Constituição consagrou expressamente em sua modalidade coletiva.

que concede legitimidade aos sindicatos para defender os direitos e interesses coletivos da categoria, inclusive em juízo - levam a concluir pela admissibilidade do mandado de injunção coletivo, tanto na defesa de direitos coletivos *stritu sensu* quanto na defesa de direitos difusos e individuais homogêneos.

Endossamos, destarte, o entendimento de ROQUE CARRAZZA quando este afirma que “O Ministério Público está credenciado constitucionalmente a impetrar o mandado de injunção”²³⁵, em face do disposto no art. 127 da Constituição Federal.

É importante referir que o Supremo Tribunal Federal já consolidou seu entendimento no sentido do cabimento da impetração coletiva, como se depreende do voto proferido pelo relator, Ministro Néri da Silveira, no MI nº 361-1-RJ:

“Mandado de injunção coletivo: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do *mandado de injunção coletivo*, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina. MI 20-4-DF, Lex 221:90.”²³⁶

5.7. Legitimidade passiva:

Trata-se de mais um dos temas controvertidos em tema de mandado de injunção, eis que guarda estreita dependência com a questão do objeto do mesmo.

²³⁵ CDCP 03:130.

²³⁶ *Apud*: BACHA, Sérgio Reginaldo. *Mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 247.

A respeito, tomaram-se três posições distintas.

A primeira posição é a dos que defendem dever ocupar o pólo passivo apenas a pessoa jurídica encarregada de editar a norma regulamentadora necessária à viabilização do direito constitucional. É este o entendimento do Supremo Tribunal Federal e também do Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o seu entendimento, filiado à primeira corrente, via de regra, no que tange ao conteúdo da prestação jurisdicional. Na doutrina, entre os seus partidários estão CLÈMERSON CLÈVE²³⁷ e PAULO LOPO SARAIVA²³⁸. Como relata o primeiro, “O STF não vem admitindo o particular no pólo passivo, mesmo na qualidade de litisconsorte.”²³⁹ O sujeito passivo da injunção poderá ser, todavia, pessoa jurídica de direito público ou privado, desde que no exercício de autoridade pública e, assim, dotado da competência regulamentar. Neste sentido o acórdão proferido no MI nº 323-8-DF:

“Em face da natureza mandamental do mandado de injunção (...), ele se dirige às autoridades ou órgãos públicos que se pretendem omissos quanto à regulamentação que viabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais (...), 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

²³⁷ *Op. cit.*, p. 252.

²³⁸ RIL 108:86.

²³⁹ Como nos dá notícia o primeiro autor, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio (MI 352 e 335) admitem a citação de particulares na qualidade de litisconsortes passivos.

*regulamentadora, quando vier esta, em decorrência de sua elaboração, a entrar em vigor.”*²⁴⁰

Para os defensores da segunda posição, deve integrar o pólo passivo apenas o sujeito da obrigação correlata ao direito constitucionalmente previsto. Neste sentido: CARLOS ARI SUNDFELD, MICHEL TEMER²⁴¹, MOACYR AMARAL SANTOS²⁴² e SÉRGIO BERMUDEZ.

A terceira posição é, enfim, a daqueles que defendem que, embora sujeito passivo deva ser somente a pessoa sobre a qual há de recair a obrigação concreta de satisfazer o direito do impetrante, também a autoridade competente para a edição da norma faltante deve ser notificada da lide. Esposam este entendimento BARBOSA MOREIRA²⁴³, J. J. CALMON DE PASSOS²⁴⁴, LUÍS ROBERTO BARROSO²⁴⁵, LUIZ FLÁVIO GOMES²⁴⁶ e ROBERTO PFEIFFER²⁴⁷.

Sem assumir explicitamente posição a respeito, lembra JOSÉ AFONSO DA SILVA que “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”

²⁴⁰ Julg. 31.10.1991 – Rel. Ministro Moreira Alves *apud* CLÈVE, Clèmerson, *op. cit.*, p. 253.

²²⁴ *Elementos de Direito Constitucional*, p. 209.

²⁴² *Op. cit.*, p. 27.

²⁴³ Re Pro 56:118.

²⁴⁴ *Op. cit.*, p. 118. Para este autor, a autoridade constitui litisconsorte necessário, podendo trazer informações e, inclusive, opinar acerca da solução da causa.

²⁴⁵ Para BARROSO, “Neste particular - legitimação passiva - a matéria carece, ainda, de melhor elaboração. O STF, no MI 335, por maioria de votos, firmou o entendimento de que parte passiva é somente a autoridade ou órgão omissor, e não a parte privada devedora da prestação. (...) **Este entendimento, naturalmente, não é compatível com aquele que aqui se está afirmando, no sentido de que o objeto do mandado de injunção é o suprimento da norma faltante na solução do caso concreto, vinculando tão somente as partes do processo. Por tal ponto de vista, a parte privada (ou não) devedora da obrigação prevista na norma constitucional deverá figurar no pólo passivo**” *in*: RDA 191:10-11 - grifos nossos.

²⁴⁶ RT 647:41.

²⁴⁷ *Op. cit.*, p. 179.

²⁴⁸. A nosso ver, trata-se de colocação fundamental para se tomar uma posição a respeito.

Ora, se o mandado de injunção é cabível também nos casos em que a obrigação correlata ao direito constitucional seja de particulares, sendo, pois, um particular quem deverá sofrer os efeitos da injunção, a primeira posição referida é incompatível com o entendimento de que o mandado de injunção objetiva a concretização do direito no caso concreto. Como afirma SÉRGIO BERMUDEZ, “*Não faria sentido chamar-se ao processo a autoridade (lato sensu) a cuja inércia se imputa a omissão, deixando-se de fora a parte contra a qual a pretensão é dedutível.*” ²⁴⁹ Tal posição somente se mostraria adequada, portanto, se a finalidade do mandado de injunção fosse a mesma da ação de inconstitucionalidade por omissão, como defende a primeira corrente acerca do objeto do mandado de injunção.

Quanto à necessidade de o órgão ou autoridade responsável pela edição da norma integrar a relação processual, concordamos com as colocações de BARROSO, para quem, ainda “*que não figure como parte, parece-me de todo conveniente que se dê ciência ao responsável pela omissão, que poderá, inclusive, trazer elementos e informações relevantes para a decisão.*” ²⁵⁰ Acertada também nos parece a opinião de SUNDFELD, ao defender a possibilidade de que este atue como assistente ²⁵¹. Neste sentido, deve-se mencionar que o órgão regulamentador

²⁴⁸ *Op. cit.*, p. 396.

²⁴⁹ RT 642:24.

²⁵⁰ “Mandado de injunção. Perfil doutrinário e evolução jurisprudencial”, RDA 191:05-06.

²⁵¹ RDP 94:149. Para este autor, não obstante não seja litisconsorte necessário, o órgão ou autoridade competente para a edição da norma pode intervir como assistente.

omisso pode trazer ao processo, inclusive, os eventuais projetos de lei regulamentando o dispositivo constitucional que estejam em trâmite, os quais podem servir de fonte de inspiração para a regulamentação provisória que será feita pelo órgão jurisdicional, quer se entenda que ela deva produzir efeitos *erga omnes*, quer *inter partes*. Este, inclusive, já foi o expediente utilizado por Ministros do STF que entendem que o direito constitucional postulado deve ser concretizado no próprio mandado de injunção ²⁵².

Mencione-se, ainda, que dois dos projetos de lei em trâmite no Congresso que disciplinam o mandado de injunção, o de nº 4.679/90 (art. 5º) e o nº 76/88 (art. 4º), dispõem que devem integrar o pólo passivo da ação tanto o órgão omissor na regulamentação da norma quanto o órgão ou pessoa, física ou jurídica, que deveria cumprir o seu comando caso a norma regulamentadora já existisse.

Deve-se atentar, por fim, para a questão oportunamente suscitada por ROBERTO PFEIFFER no que se refere à **iniciativa reservada** para a apresentação de projetos de lei ²⁵³. Evidentemente, quando a matéria envolvida for de iniciativa reservada, por exemplo, do Presidente da República e este não tiver apresentado o projeto de lei apto a desencadear o processo legislativo, embora de lei se trate, o órgão moroso chamado a prestar informações no mandado de injunção há de ser a Presidência da República, e não o Congresso Nacional. Se, no entanto, aquele já tiver apresentado o projeto, o órgão moroso será o Congresso e não o Presidente da República.

²⁵² Ver, neste sentido, voto do Ministro Carlos Velloso no MI nº 283-5-DF, na Rev. JSTF Lex 158:117.

²⁵³ *Op. cit.*, pp. 182-5.

5.8. Natureza jurídica:

Quanto à natureza jurídica do mandado de injunção, os que se ocuparam do tema na doutrina afirmam tratar-se de ação sumária, especial, havendo quem se refira ainda à sua natureza supletiva (SÉRGIO BERMUDEZ ²⁵⁴) ou subsidiária (DIOMAR ACKEL FILHO ²⁵⁵), por ter como pressuposto a inoperância do legislador infraconstitucional.

ROBERTO PFEIFFER, adotando a tradicional classificação tripartite das ações, classifica o mandado de injunção como ação de conhecimento ²⁵⁶.

Por fim, quanto à espécie de jurisdição de que se trata no mandado de injunção, J. J. CALMON DE PASSOS, JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA e ROBERTO PFEIFFER adotam singular posicionamento no sentido de que teríamos aqui, não um processo de jurisdição contenciosa, mas sim de jurisdição voluntária. Justifica este último seu posicionamento no fato de *“efetivamente inexistir conflito de interesses, já que tanto o obrigado como o beneficiário do direito concordam que a ausência da regulamentação impede a satisfação do direito (...) Incide, assim, hipótese de **jurisdição voluntária**, que estará presente em todas as correntes sobre a concepção do mandado de injunção, com exceção da que entende que a decisão possui natureza condenatória, hipótese em que ficará caracterizada a jurisdição contenciosa”* ²⁵⁷.

²⁵⁴ RT 642:21.

²⁵⁵ *Op. cit.*, p. 104.

²⁵⁶ *Op. cit.*, pp. 146-7.

Podemos acrescentar que a caracterização da jurisdição voluntária fica excluída, também, para aqueles que, como nós, entendem que a decisão possui natureza mandamental, como se explicitará melhor no tópico seguinte.

5.9. Natureza da decisão:

Quanto à sentença denegatória da injunção, procedente a observação de SÉRGIO BERMUDES de que esta tem natureza **declaratória negativa** ²⁵⁸.

Já no que pertine à sentença que julga procedente o mandado, uma posição a respeito está vinculada ao entendimento acolhido acerca do objeto do mandado de injunção.

A maior parte da doutrina vê na decisão que dá provimento a mandado de injunção a natureza mandamental.

É exemplar, a respeito, o entendimento de PAULO NAPOLEÃO DA SILVA. Para este autor, *“o provimento da injunção só poderá ser mandamental, em que pesem as autorizadas opiniões em contrário (...) não fosse mandamental, o provimento seria inócuo (...)*

não se vislumbra na natureza mandamental do provimento, na injunção, qualquer invasão de competência que já não esteja tradicionalmente consagrada no

²⁵⁷ *Op. cit.*, p. 119.

²⁵⁸ RT 642:24.

nosso sistema - se é que se pode considerá-la como invasão - pelo mandado de segurança no que diz respeito a providências administrativas.” ²⁵⁹

Como se vê, o reconhecimento de uma natureza **mandamental** ao provimento do mandado de injunção é consentâneo com o entendimento da segunda corrente quanto ao seu objeto, que advoga que este é a viabilização do direito no caso concreto. Há, contudo, partidários deste entendimento, como MOACYR AMARAL SANTOS, para quem a natureza da decisão de provimento no mandado de injunção é **constitutiva** ²⁶⁰, certamente em razão de não aceitarem a classificação qüinqüipartite das sentenças, que inclui a categoria das mandamentais. Também entre aqueles que ficam com a classificação tradicional, ROBERTO PFEIFFER destaca que, para a subcorrente que entende que, no próprio mandado de injunção, deverá ser proferida a condenação do obrigado à satisfação do direito, a sentença terá natureza **condenatória** ²⁶¹.

Para CALMON DE PASSOS, que, como vimos, filia-se à terceira corrente quanto ao objeto do mandado de injunção, a sentença nele proferida tem **natureza constitutiva** ²⁶². Comungam desta opinião os demais partidários da mesma, como CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA ²⁶³, LUIZ FLÁVIO GOMES ²⁶⁴ e ROBERTO PFEIFFER ²⁶⁵.

²⁵⁹ *Op. cit.*, p. 120.

²⁶⁰ *Op. cit.*, p. 29.

²⁶¹ *Op. cit.*, pp. 152-3.

²⁶² *Op. cit.*, p. 124.

²⁶³ RePro 56:88-9.

²⁶⁴ RT 647:43.

²⁶⁵ *Op. cit.*, p. 151-2.

Em nosso entender, por considerarmos a classificação qüinqüipartite das sentenças mais adequada do ponto de vista científico, a decisão proferida no mandado de injunção, quer se entenda que ela deve produzir efeitos *erga omnes*, como julgamos mais acertado, quer se entenda que deve produzir efeitos apenas *inter partes*, possui **natureza mandamental** e não constitutiva ou condenatória.

A posição do STF a respeito é bastante peculiar. Embora o entendimento expresso pela maioria no MI 107-DF, externado pelo seu relator, Ministro Moreira Alves, seja o de que a decisão proferida no mandado de injunção tem natureza mandamental, na verdade a decisão proferida pelo STF neste e em outros casos semelhantes em nada se equipara às decisões mandamentais. Vejamos.

ROBERTO PFEIFFER relata que a concepção das sentenças mandamentais foi desenvolvida por KUTTNER, que as definiu como tendo por “*escopo fundamental a busca de uma ordem judicial para que alguma pessoa ou órgão faça ou deixe de fazer algo*”²⁶⁶.

Como é sabido, no julgamento mencionado, os Ministros do STF, por maioria, decidiram “*deferir, em parte, o mandado de injunção, para que se comunique ao Congresso Nacional a mora em que se encontra, a fim de que sejam adotadas as providências necessárias para o suprimento da omissão.*” Nota-se, assim, que não foi emanada uma ordem propriamente dita na referida decisão, eis que não foram assinaladas quaisquer conseqüências para o seu descumprimento.

Assim, é forçoso concordar com o citado autor, quando afirma que “*não nos parece que haja caráter mandamental nessa sentença, estando ausente o pressuposto fundamental dessa espécie de ação: uma ordem que deva necessariamente ser cumprida.*”²⁶⁷

Na verdade, para a primeira corrente estudada quanto ao objeto do mandado de injunção, o único entendimento cabível é o de que a sentença tem natureza eminentemente declaratória, como a proferida pelo STF no MI 107, não obstante o entendimento contrário de seu relator.

Conteúdo mandamental possui somente a parte da referida decisão que determinar a suspensão de processos administrativos e judiciais eventualmente instaurados contra o impetrante, em caso de direito oponível contra o Estado, como preconizado no mesmo acórdão.

5.10. Coisa julgada:

Quanto aos efeitos subjetivos da decisão, opinam pela eficácia *erga omnes* aqueles que entendem que o objeto do mandado de injunção é a expedição da norma regulamentadora. CALMON DE PASSOS fundamenta esta posição numa exigência do princípio da isonomia²⁶⁸. Sustentam a eficácia *erga omnes*, ainda,

²⁶⁶ *Op. cit.*, p. 149.

²⁶⁷ *Op. cit.*, p. 150.

²⁶⁸ *Op. cit.*, p. 123-4.

HERZELEIDE DE OLIVEIRA ²⁶⁹ e VICENTE GRECO FILHO. Para ROBERTO PFEIFFER, no mandado de injunção, como em todas as demais ações, “a *imutabilidade do comando da sentença igualmente só vincula aqueles que figuraram como partes (ou interessados) no processo, muito embora os efeitos naturais da sentença possam atingir terceiros.*” ²⁷⁰

Sustentou também a eficácia *erga omnes* o STF, no MI 107. Esta há de ser, indubitavelmente, a posição dos que vêem como objeto do mandado de injunção apenas a cientificação do órgão legislativo omissor.

Para aqueles que entendem ser objeto do mandado de injunção a viabilização do direito no caso concreto, a eficácia da decisão há de ser, congruentemente, *inter partes*. Neste sentido, entre outros, CLÊMERTON MERLIN CLÈVE ²⁷¹, MOACYR AMARAL SANTOS ²⁷², ROQUE CARRAZZA ²⁷³ e SÉRGIO BERMUDEZ ²⁷⁴.

CARLOS ARI SUNDFELD, por seu turno, embora se filie também à segunda corrente quanto ao objeto do mandado de injunção, entende, a nosso ver acertadamente, que produz, todavia, eficácia *erga omnes* a decisão proferida no mandado de injunção que tem por objeto direitos coletivos ou difusos ²⁷⁵.

²⁶⁹ “O Mandado de Injunção”, RIL 100:57. A autora deste artigo entende, porém, que o mandado de injunção pode ter por fundamento a omissão de ato administrativo, caso em que a decisão terá efeitos *inter partes*.

²⁷⁰ *Op. cit.*, p. 218 – grifos nossos.

²⁷¹ *Op. cit.*, p. 261. Lembra este autor, ainda, que, no “caso do mandado de injunção coletivo, não há dúvida que os efeitos estendem-se ao universo dos substituídos.”

²⁷² *Op. cit.*, p. 29.

²⁷³ CDCCP 03:127.

²⁷⁴ RT 642:24-5.

²⁷⁵ RDP 94:150.

Deve-se ressaltar, por fim, a peculiaridade da coisa julgada apontada por aqueles que entendem que o objeto do mandado de injunção é a regulamentação do direito constitucional com efeitos *erga omnes*. Para estes autores, tal decisão “*limita-se a regular de modo provisório a norma constitucional inobservada. Sobrevindo regulamentação legislativa, passa esta a sobrepor-se aos preceitos provisórios editados pelo Poder Judiciário, sem que isto signifique ofensa à coisa julgada.*”²⁷⁶

ROBERTO PFEIFFER faz a crítica do entendimento esposado pelo STF no MI nº 283-5, no qual prevaleceu a solução preconizada pelo relator do acórdão, Ministro Sepúlveda Pertence, a qual é similar aos efeitos da retroatividade da lei penal benigna, ao decidir 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 que lhe for mais favorável.*”²⁷⁷ Neste julgamento, os Ministros Sydney Sanches e Aldir Passarinho prolataram votos vencidos nos quais defendiam posicionamento semelhante ao da citada doutrina.

Assim, para ROBERTO PFEIFFER, o impetrante deve se sujeitar sim aos efeitos da norma regulamentadora a partir do momento em que esta for editada. Porém, sustenta deverem permanecer intactos os efeitos proferidos pela decisão no mandado de injunção antes da edição da norma, em respeito ao direito adquirido²⁷⁸.

²⁷⁶ PFEIFFER, Roberto. *Op. cit.*, p. 219 – grifos do autor. No mesmo sentido, GOMES, Luiz Flávio. RT 647:43: “essa decisão tem eficácia provisória, isto é, ela só vigora enquanto o emitente não edita a norma faltante.”

²⁷⁷ Rev. JSTF Lex 158:108.

²⁷⁸ *Op. cit.*, pp. 223-4.

Em nosso entender, os titulares do direito constitucional não podem se ver prejudicados pela mora regulamentar. Deste modo, expressamos nossa concordância com a opinião prevalecente no STF neste particular, a qual reputamos mais adequada à proteção dos direitos constitucionais em sua plenitude.

5.11. Procedimento:

Muito embora o anteprojeto de texto de Constituição determinasse a adoção do rito do mandado de segurança, o texto final não prevê qual o procedimento aplicável ao mandado de injunção.

Diante da falta de previsão, alguns autores entenderam cabível o procedimento ordinário. É este o posicionamento de CARLOS ARI SUNDFELD e ROQUE CARRAZZA. Apóiam-se eles no fato de ser o procedimento ordinário aquele “*que permite uma apreciação jurisdicional mais abrangente*”²⁷⁹. Para SUNDFELD, não há que se confundir os objetivos do mandado de segurança e do de injunção, pois “*o mandado de injunção não foi criado para tornar mais ágil a atividade jurisdicional [como foi o caso do mandado de segurança], e sim para fazê-la mais abrangente.*”²⁸⁰

Não foi este, contudo, o entendimento predominante na doutrina, nem tampouco o do STF, que entenderam aplicável ao mandado de injunção, desde

²⁷⁹ CDCCP 03:125.

²⁸⁰ RDP 94:150.

logo, o procedimento do mandado de segurança, tal como disciplinado na Lei nº 1.533/51. Para LUCIANO FERREIRA LEITE, *“Esse novo instituto igualmente guarda similitude com a segurança, na medida em que visa também a proteger direito líquido e certo, embora fulcrado em motivo diverso, qual seja, lacuna legislativa. (...) o que visa o mandado de injunção, a exemplo do que objetiva o mandado de segurança, é a corrigir a ilegalidade perpetrada pelos agentes públicos, mas decorrente de omissão destes no cumprimento de direitos assegurados na Constituição, que assim procedem à vista de ausência de legislação.”*²⁸¹ É este também o entendimento de autores como MARCELO DUARTE²⁸² e SÉRGIO BERMUDEZ²⁸³.

A nosso ver, diante da omissão legislativa, a posição mais adequada parecia ser a dos que entendiam que tanto poderiam ser aplicáveis ao mandado de injunção o procedimento ordinário, quando incertos os fatos, quanto o procedimento mais abreviado do mandado de segurança, quando os fatos forem certos. É esta a opinião professada por CELSO AGRÍCOLA BARBI²⁸⁴ e FLÁVIA PIOVESAN.

Entretanto, como bem lembra JOSÉ DA SILVA PACHECO, o art. 216 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça manda observar, enquanto não for promulgada a norma regulamentadora do mandado de injunção, o CPC e a Lei 1533/51, *“no que couber”*²⁸⁵.

²⁸¹ RT 635:18.

²⁸² RIL 110:136.

²⁸³ RT 642:25.

²⁸⁴ RT 637:10-11.

²⁸⁵ *Op. cit.*, p. 254.

A questão era relevante, principalmente, quanto à indagação da necessidade ou não de prova pré-constituída. Aqueles que entendiam somente ser aplicável o procedimento do mandado de segurança hão de responder afirmativamente, como MARCELO DUARTE. Para os que entendiam ser aplicável o procedimento ordinário, ou ambos, a resposta há de ser negativa, como a de ROQUE CARRAZZA e CELSO AGRÍCOLA BARBI.

Como já explicitado no item que examinou a questão da aplicabilidade do mandado de injunção, o assunto restou superado diante da previsão expressa do art. 4º da Lei nº 8.038/90, que mandou observar, enquanto não editada lei própria, o procedimento do mandado de segurança.

Antes mesmo de editada esta lei, a tendência na doutrina, entre os que examinaram a questão, já era de se pronunciar pela possibilidade de concessão de medida liminar no mandado de injunção²⁸⁶. Quanto à necessidade de intervenção do Ministério Público, há posições nos dois sentidos²⁸⁷. Estamos com aqueles que, como ROBERTO PFEIFFER²⁸⁸, defendem a manifestação obrigatória do Ministério Público, atuando como *custus legis*. Ademais, a regra está prevista no procedimento legal do mandado de segurança – sendo de todo conveniente a sua aplicação também ao do mandado de injunção – e também em dois dos projetos de lei apresentados para regulamentar o procedimento deste último, o de nº 76/88 (art. 6º) e o de nº 4.679/90 (art. 8º).

²⁸⁶ Ver, por todos, CARRAZZA, Roque, CDCDP 03:130 e MOREIRA, Wander Paulo Marotta, *op. cit.*, p. 418.

²⁸⁷ Pela necessidade de manifestação do MP, ver CARRAZZA, Roque, CDCCP 03:130; em sentido oposto, MOREIRA, Wander Paulo Marotta, *op. cit.*, p. 419.

²⁸⁸ *Op. cit.*, p. 187-8.

ROQUE CARRAZZA faz menção à incaducabilidade do mandado de injunção, visto que “*direito conferido constitucionalmente sem qualquer restrição não pode ser restringido por norma infraconstitucional*”²⁸⁹. Entendemos assistir razão a este autor, não havendo que se estender o prazo decadencial de 120 dias contados do ato ilegal previsto na Lei nº 1.533/51 ao procedimento do mandado de injunção.

Já no que pertine à comprovação preliminar dos fatos alegados no mandado de injunção, não há como negar a aplicação dos preceitos da referida lei a este, exigindo-se, portanto, “*que os fatos narrados estejam provados de plano, sendo certos e incontroversos, demonstrados inequivocamente por documento, que devem necessariamente acompanhar a petição inicial.*”²⁹⁰. Assim, deverá o impetrante comprovar, através dos documentos que instruem a inicial, que é titular do direito constitucional invocado e que está impossibilitado de exercitá-lo em face da ausência de norma regulamentadora. Se os documentos necessários à prova dos fatos alegados estiverem em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão, aplica-se também a regra do parágrafo único do art. 6º da Lei nº 1.533/51, ou seja, o juiz oficiará preliminarmente à autoridade em questão, ordenando a exibição do documento, em original ou cópia autêntica, no prazo de dez dias. Se for o próprio impetrado o detentor do documento, a ordem de exibição constará do próprio mandado de notificação para prestar informações²⁹¹.

É interessante mencionar, ainda, a possibilidade, levantada por ROBERTO PFEIFFER, de que sobrevenha a regulamentação do direito constitucional no curso

²⁸⁹ CDCCP 03:126.

²⁹⁰ *Op. cit.*, p. 144.

²⁹¹ *Op. cit.*, p. 145.

do processo. Nesta hipótese, defende ele, com propriedade, que deve ser extinto o processo sem julgamento do mérito, por ter se operado o “desaparecimento superveniente do interesse de agir”²⁹².

5.12. Competência:

A repartição de competências para o julgamento dos mandados de injunção vem disciplinada de forma confusa no texto constitucional.

Não obstante a maior parte da doutrina tenha concluído que a distribuição de competências para o julgamento do mandado de injunção seguiu unicamente o critério *intuitu personae*, pensamos assistir razão a ROBERTO PFEIFFER quando este afirma que esta foi realizada também em razão da matéria²⁹³, como veremos ao analisar o art. 105, I, h, de nossa Lei Maior.

O art. 102, I, q, atribui competência originária ao Supremo Tribunal Federal para o julgamento do mandado de injunção “*quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.*” Vale dizer, os mandados de injunção são de competência originária do STF se a norma regulamentadora for lei, decreto

²⁹² *Op. cit.*, p. 166-7.

²⁹³ *Op. cit.*, p. 132.

legislativo, resolução, decreto ou, ainda, ato normativo de um dos Tribunais Superiores ou do Tribunal de Contas da União. A competência recursal do STF vem prevista no art. 102, II, a, que estabelece competir-lhe o julgamento “*em recurso ordinário*” do mandado de injunção decidido “*em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão*”.

A competência originária do Superior Tribunal de Justiça é a disposta no art. 105, I, h, isto é, quando “*a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal*”. Enquadram-se aí, portanto, as hipóteses em que a norma ausente for Instrução Normativa, Portaria Ministerial, Circular ou outro regulamento administrativo da competência de autoridades federais em geral.

Como bem observa o Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO, a ressalva inclui a Justiça Federal. Ocorre que, como se vê dos arts. 108 e 109 da Constituição, os juízes federais e os Tribunais Regionais Federais não têm competência para processar e julgar mandado de injunção. Já quanto à Justiça do Trabalho, como sua competência não vem delimitada no próprio texto constitucional, mas deverá ser fixada em lei (art. 113), esta “*poderá deferir competência aos Tribunais do Trabalho e às Juntas de Conciliação e Julgamento para processar e julgar mandado de injunção*”. O mesmo se passa em relação à Justiça Eleitoral, de conformidade com o art. 121. Ademais, “*Dispondo a respeito dos recursos para o TSE, estabeleceu a Constituição que, das decisões dos regionais que denegarem mandado de injunção,*

*cabará recurso para aquela alta Corte [art. 121, § 4º, V]. A lei estabelecerá, então, a competência dos regionais eleitorais para o julgamento dos mandados de injunção, como poderá fazê-lo, observada a simetria com o STJ, em relação ao TSE, em termos de competência originária. No que toca ao STM, o mesmo pode ser dito, tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 124 e a simetria.”*²⁹⁴

Embora concordemos quase integralmente com as colocações do ilustre Ministro a este respeito, entendemos que a interpretação de que a lei também poderá atribuir competência para o julgamento de mandados de injunção à Justiça Federal é mais fiel ao estabelecido no texto constitucional²⁹⁵.

Na jurisprudência, a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça é elucidativa acerca do tema:

“Mandado de injunção. Declaração de regularidade de situação militar, para fins de diplomação e posse como vereador. Competência. Impetração não conhecida.

1. Não havendo, ainda, norma regulamentadora definindo a competência dos órgãos judiciais relacionados na segunda parte da letra ‘h’ do item I do art. 105 da Constituição Federal, será ela, até então, do Superior Tribunal de Justiça, ressalvados os casos de

²⁹⁴ RT 644:14-15.

²⁹⁵ Neste sentido, PFEIFFER, Roberto, *op. cit.*, p. 135: “Assim, a ressalva realizada no art. 105, I, ‘h’, em relação à Justiça Federal, tem apenas o condão de permitir que eventual lei regulamentadora venha atribuir-lhe competência para julgar originariamente mandado de injunção, remanescendo ao STJ apenas a atribuição que não restar abarcada dentro da competência a ela atribuída. Dessa maneira, a lei poderia reger a competência da Justiça Federal sem ser acoimada de inconstitucional, dado que a própria norma constitucional permitiu o estreitamento da competência do STJ em seu favor.”

competência do Supremo Tribunal Federal, já especificados no próprio texto constitucional.

2. Não é de se conhecer, porém, do mandado de injunção se, sequer, o impetrante alega inexistir norma regulamentadora que torne inviável o exercício de qualquer direito seu (art. 5º, inciso LXXI, da CF). A via eleita não se compadece com o objetivo visado.” (MI nº 97-5-RJ – Relator Ministro Edson Vidigal – Julg.: 08.06.1989 – grifos nossos) ²⁹⁶

Diferentemente do preconizado na referida decisão, porém, estamos com ROBERTO PFEIFFER no sentido de que não é necessária a edição de norma regulamentadora para afastar da competência do STJ os mandados de injunção que envolvam matéria eleitoral, militar ou trabalhista, os quais deverão, desde logo, ser julgados pelos tribunais especializados ²⁹⁷.

No que tange à Justiça Estadual, tampouco cuida a Constituição de fixar a competência para julgamento de mandado de injunção. Preciosas, neste particular, as reflexões de GALENO LACERDA a respeito:

“Pelo princípio da simetria, seria de admitir-se a [competência] do Tribunal de Justiça para suprir lacunas da legislação ou de regulamento estadual, no que concerne aos direitos fundamentais indicados (...)

a hipótese é remota, porque lacunas relativas a esses direitos dizem com a legislação federal, praticamente exaustiva a respeito. (...)

²⁹⁶ RSTJ 04:1393 *apud* PFEIFFER, Roberto, *op. cit.*, p. 136.

²⁹⁷ *Op. cit.*, pp. 136-7.

quanto aos juízes de primeiro grau, restar-lhes-iam as injunções relativas às lacunas municipais”²⁹⁸.

Também para ROQUE CARRAZZA, “os Estados poderão regular em suas Constituições - desde que observem as diretrizes básicas da Constituição da República - a competência para processar e julgar mandados de injunção.

*Realmente, em matéria de mandado de injunção, as Constituições estaduais também podem garantir, in casu, o direito constituído (pela Carta local) e não exercitado em virtude de ausência de norma regulamentadora estadual ou municipal.”*²⁹⁹.

No que toca à competência dos juízes de primeira instância, merecem ponderação as colocações de WANDER PAULO MAROTTA MOREIRA:

“A Justiça Federal, como se vê, não tem competência para o julgamento de mandados de injunção, o que é, no mínimo, de estranhar-se, pois era contemplada com essa competência nos Projetos “A” e “B” da Assembléia Nacional Constituinte. (...)

Não vejo razões científicas que possam justificar a retirada dessa competência dos Juízes de primeiro grau. (...)

Razão tem o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, ao protestar contra o que ele considerou retrocesso:

²⁹⁸ “Requisitos do mandado de injunção”, Porto Alegre, Zero Hora, 25.10.88, *apud* VELLOSO, RT 644:15.

²⁹⁹ CDCCP 03:132.

‘Ora, seria muito melhor para o jurisdicionado se pudesse ele se dirigir ao Juiz Federal, dele muito mais próximo, com recurso para o Tribunal Regional e só então para o Superior Tribunal de Justiça. Não se justifica a posição adotada pelo constituinte em relação à Justiça Federal, pois os Juízes Federais brasileiros são magistrados do mais alto nível intelectual, que ingressam na carreira mediante concurso público de provas e títulos, concurso duríssimo, que tem selecionado os melhores’ (*Os Tribunais Federais e a Justiça Federal, Conferência no II Fórum Jurídico, realizado em Belo Horizonte, Forense Universitária, 1988, p. 241*).”

Há, todavia, abalizadas opiniões em contrário, como a de LUÍS ROBERTO BARROSO³⁰⁰, entendendo ser de todo conveniente a concentração da competência para o julgamento do mandado de injunção nos Tribunais Superiores, favorecendo, assim, a pacificação da jurisprudência, ao invés de inúmeras decisões conflitantes e “não-isonômicas”.

J. J. CALMON DE PASSOS chega a afirmar, inclusive, que a Constituição elimina o controle difuso da inconstitucionalidade por omissão³⁰¹.

Tal solução, efetivamente, é a mais compatível com a posição que julgamos a mais acertada no que tange ao objeto do mandado de injunção, a qual defende a regulamentação provisória do direito constitucional com efeitos *erga omnes*.

³⁰⁰ RDA 191:02.

³⁰¹ *Op. cit.*, pp. 95-7.

Todavia, como anota PAULO NAPOLEÃO DA SILVA, “*enquanto opiniões autorizadas vislumbraram na sistemática da injunção em nosso Direito o intuito e a destinação final de ‘centralizar’ o controle da inconstitucionalidade por omissão - (...) - os projetos em tramitação no Legislativo tendem a se conciliar com o nosso sistema, consagrando simultaneamente o controle difuso e o concentrado.*”³⁰²

É pertinente referir, por fim, a importante observação de ROBERTO PFEIFFER no sentido de que as regras de competência no mandado de injunção possuem **natureza absoluta**, por tratar-se de competência originária estabelecida em razão da matéria – e, acrescentaríamos, também em razão da pessoa. Em decorrência disto, cumpre ao órgão jurisdicional incompetente declinar de ofício a competência para a apreciação do mandado de injunção, remetendo os autos ao juízo competente. Se não o fizer, contudo, a incompetência, por ser absoluta, poderá ser suscitada a qualquer momento ou fase do processo, não se submetendo à preclusão, de conformidade com o que dispõe o art. 113 do Código de Processo Civil³⁰³.

5.13. Recursos:

Como já visto, a Constituição faz referência, em dois dispositivos, ao cabimento de recurso ordinário em mandado de injunção. De um lado, o art. 102, II, “a” inclui entre as atribuições do STF o julgamento, em recurso ordinário, do mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores,

³⁰² *Op. cit.*, p. 119.

quando denegatória a decisão. De outro, o art. 121, § 4º, V, estabelece caber ao TSE a apreciação de recurso ordinário interposto de mandado de injunção julgado originariamente por TRE, também quando a decisão for denegatória.

Além destes, contudo, alguns outros recursos devem ser tidos como admissíveis se considerada a logicidade do sistema recursal brasileiro como um todo e a aplicação subsidiária tanto da legislação ordinária (CPC) quanto daquela que disciplina o mandado de segurança.

Assim, em primeiro lugar, deve-se ter em conta que diversos Estados estabelecem, em suas respectivas Constituições, a possibilidade de ser impetrado mandado de injunção em caso de omissão na regulamentação de direito constitucional por parte de órgão estadual ou municipal, conferindo a competência para sua apreciação aos Tribunais de Justiça. Muito embora não exista ainda previsão legislativa específica para o mandado de injunção, no caso do mandado de segurança a própria Constituição Federal dispõe, no art. 105, II, "b", ser competência do STJ o julgamento de recurso ordinário interposto de decisão denegatória da segurança proferida por Tribunal Estadual ou Tribunal Regional Federal. Diante da regra da Lei 8.038/90 e por estarem em jogo os mesmos fundamentos, julgamos ser acertada a opinião de ROBERTO PFEIFFER quando defende a extensão analógica de tal regra ao mandado de injunção, vale dizer, caberia também recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça em face de decisão denegatória em mandado de injunção prolatada pelos Tribunais de Justiça

³⁰³ *Op. cit.*, p. 140.

estaduais³⁰⁴. Em face da legislação atualmente existente, todavia, entendemos que não há que ser feita referência aos Tribunais Regionais Federais, pois estes não detêm competência para o julgamento de mandados de injunção, muito embora possam vir a tê-la, como já estudado. O mesmo autor nos dá notícia que, no STJ, já foi examinada a questão, havendo decisões nos dois sentidos: da primeira turma, admitindo o recurso³⁰⁵; e da segunda turma, negando cabimento ao recurso³⁰⁶.

De outra parte, é preciso esclarecer que a interpretação jurisprudencial que vem sendo dada à expressão “decisão denegatória” abrange não apenas as decisões de mérito que julgam improcedente o pedido, mas também aquelas que extinguem o processo sem julgamento do mérito, tanto a nível de Supremo Tribunal Federal quanto a nível de Superior Tribunal de Justiça³⁰⁷.

O procedimento a ser observado nos recursos ordinários interpostos em mandado de injunção há de ser aquele estatuído nos arts. 539 e 540 do CPC, que remetem às regras estabelecidas no mesmo Código para os demais recursos.

Diante de tais remissões e dada a analogia entre este e o recurso de apelação, ROBERTO PFEIFFER aponta que as regras para o procedimento daquela hão de ser as mesmas da apelação³⁰⁸, o que encaixa-se com precisão na lógica de nosso sistema recursal.

³⁰⁴ *Op. cit.*, p. 226.

³⁰⁵ Petição nº 391-3-MA – Relator Ministro Milton Luiz Pereira – Julg.: 20.06.1994 *in*: RSTJ 65:151-4.

³⁰⁶ Petição nº 192-0-SP – Relator Ministro Hélio Mosimann – Julg.: 25.05.1994 *in*: RSTJ 65:150.

³⁰⁷ Ver, por exemplo, RTJ 132:718 (MS nº 21.112-PR – Rel. Min. Celso Mello) e RSTJ 9:212(RMS nº 179-SP – Rel. Min. Costa Leite). Como anota ROBERTO PFEIFFER, “é inegável que, em termos práticos, a extinção do processo sem julgamento do mérito implica não-concessão do pedido pleiteado, uma vez que o requerente não tem sua pretensão deferida.” (*op. cit.*, p. 228).

³⁰⁸ *Op. cit.*, p. 230.

Assim, o recurso ordinário no mandado de injunção terá, salvo expressa exceção, efeitos devolutivo e suspensivo, devendo ser interposto no prazo de 15 dias a contar da publicação da decisão denegatória.

Quanto ao âmbito do efeito devolutivo, este é amplo, podendo ser requerido no recurso ordinário o reexame de todas as questões levantadas no decorrer do processo, já havendo o Supremo Tribunal Federal se pronunciado expressamente neste sentido³⁰⁹.

Quanto ao cabimento ou não do reexame necessário no mandado de injunção, ROBERTO PFEIFFER, que foi o único doutrinador a examinar detidamente os recursos em matéria de mandado de injunção, tampouco se furtou a responder a questão. Assim, lembra ele que “*o reexame necessário somente se dá quando a decisão concessiva do mandado de segurança for sentença em sentido estrito, isto é, decisão terminativa prolatada pelo juízo monocrático do primeiro grau*”³¹⁰. Por conseguinte, não se aplica, diante da legislação em vigor, este procedimento ao mandado de injunção, eis que este é sempre da competência originária de Tribunal.

Além do recurso ordinário, ROBERTO PFEIFFER defende cabíveis em mandado de injunção também o recurso especial, o recurso extraordinário, o agravo regimental (no STF e STJ) e os embargos de declaração, tudo com supedâneo na

³⁰⁹ RTJ 131:121: “na área dos recursos ordinários do art. 102, II, a, não atua o Supremo Tribunal Federal como corte constitucional, mas como última instância das garantias constitucionais de direitos individuais de toda sorte.” (ROMS nº 20.976-DF – Relator Min. Sepúlveda Pertence – Julg.: 07.12.1989) *apud* PFEIFFER, Roberto, *op. cit.*, p. 231.

³¹⁰ *Op. cit.*, p. 232.

sistemática recursal estabelecida na Constituição Federal e no Código de Processo Civil, cuja aplicabilidade se estende às ações em geral ³¹¹.

Quanto ao interesse em recorrer, consubstanciado na sucumbência, entende este autor estar presente mesmo quando for feita a regulamentação do direito invocado, mas esta for diversa da pretendida pelo impetrante ³¹².

Finalmente, é oportuno o relato que nos faz ROBERTO PFEIFFER acerca do trato do tema nos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional: a) quanto ao recurso ordinário, nenhum deles cuida do assunto; b) quanto aos recursos especial e extraordinário e aos embargos de declaração, o PL nº 4.679/90 admite expressamente o seu cabimento. O PL nº 998/88 não prevê nenhuma espécie de recurso e o PL nº 76/88 estabelece que caberá, nas hipóteses que elenca, apelação para o STF e para o Tribunal de Justiça ³¹³.

5.14. Execução:

Também aqui temos uma matéria que somente foi examinada a fundo por ROBERTO PFEIFFER ³¹⁴, razão pela qual uma vez mais nos valeremos de suas lições.

³¹¹ *Op. cit.*, pp. 232-8.

³¹² *Op. cit.*, pp. 240-1.

³¹³ *Op. cit.*, pp. 232-3.

³¹⁴ *Op. cit.*, pp. 242-50.

Em seu valioso estudo sobre o mandado de injunção, o autor separa a espécie de execução conforme a concepção que se tenha sobre o conteúdo da prestação jurisdicional. De fato, assim deve ser.

Deste modo, no caso da decisão que se limita a declarar a inconstitucionalidade da omissão em regulamentar e dela dar ciência ao órgão moroso, não há que se falar em execução, pois, como vimos, trata-se de decisão meramente declaratória.

Quando a decisão tiver conteúdo mandamental, tampouco há que se falar em execução propriamente dita, mas sim em cumprimento da mesma. Se este não se der espontaneamente, poderá o impetrante valer-se do instituto da **reclamação**, previsto no art. 102, I, "I", da CF, o qual visa, entre outros fins, a garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal. A matéria também foi regulada pelos arts. 156 a 162 do Regimento do STF. No caso do STJ, o instituto vem disciplinado nos arts. 187 a 192 de seu Regimento, pois a Lei nº 8.038/90 possibilitou aos demais tribunais a adoção do instituto.

No caso da decisão que procede à regulamentação do direito constitucional invocado, com efeitos limitados ao processo ou projetando-se sobre terceiros, sem que se determine desde já a satisfação do direito, também não há que se falar em execução, por se tratar de decisão constitutiva. Se, neste caso, o ente obrigado continuar se recusando a satisfazer o direito já regulamentado, deve o seu titular valer-se de novo processo para obter a satisfação de seu direito.

Por fim, para aqueles que entendem que a decisão no mandado de injunção deverá condenar o obrigado à satisfação do direito, em caso de recalcitrância deste, a decisão deverá ser executada nos mesmos autos.

Nesta hipótese, embora o juízo competente para a execução seja o mesmo que prolatou a decisão, resulta de todo inconveniente submeter-se tal incumbência ao Supremo Tribunal Federal. Todavia, o art. 102, I, “m”, da Constituição Federal, bem como o art. 342 do Regimento Interno do STF permitem que esta corte, quando da execução das decisões proferidas nas causas de sua competência originária, delegue a outros órgãos jurisdicionais a prática de determinados atos processuais. De todo modo, como sustenta ROBERTO PFEIFFER, convém que a legislação disciplinadora do mandado de injunção estabeleça desde logo a competência para a execução das sentenças condenatórias prolatadas por tribunais aos juízes de primeira instância aos quais for afeta a matéria.

Defende este autor a solução adotada pelo Projeto de Lei nº 4.679/90, que *“traz interessante mecanismo, estabelecendo um procedimento bastante abreviado para possibilitar que, tanto o próprio impetrante como terceiros que se encontrem na mesma situação de fato possam compelir o obrigado recalcitrante, quando este for um particular, a satisfazer o direito nos termos da regulamentação subsidiária operada”*³¹⁵. Trata-se de procedimento em que o juiz de primeira instância incumbido de promover a execução determinará a expedição de mandado contra o obrigado, assinando prazo para o cumprimento da obrigação estabelecida na

³¹⁵ *Op. cit.*, p. 246. Como anota o autor, o procedimento não cabe quando o obrigado for o Poder Público pois, se o ato necessário à satisfação do direito consistir numa simples abstenção, deverá

regulamentação provisória e estabelecendo desde logo multa por dia de atraso no cumprimento. Caso não ocorra a satisfação espontânea, será promovida a execução forçada. Caberá a oposição de embargos, que, porém, não serão recebidos sem o cumprimento da obrigação.

A nosso ver, o procedimento trazido pelo referido projeto de lei mostra-se mais adequado para se garantir a efetividade das decisões proferidas em mandado de injunção do que os mecanismos atualmente existentes, motivo pelo qual nos juntamos aos defensores de sua aprovação.

VI - Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental:

Ao tratar do mandado de injunção, alguns autores o confrontaram com a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Julgamos conveniente, assim, tecer breves comentários sobre este instituto, sem pretender abordá-lo propriamente, pois se trata de tema que justificaria uma dissertação à parte, mas somente a fim de colocar nosso posicionamento acerca do confronto deste com o mandado de injunção.

O novel instituto foi previsto pelo parágrafo único do artigo 102 da Constituição Federal, o qual estabelece:

“A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

À primeira vista, parece tratar-se, como o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, de instituto novo no direito brasileiro. Ocorre que, se no que atine àqueles institutos, o constituinte deixou inúmeras questões em aberto, no que se refere à “argüição de descumprimento de preceito fundamental”, o texto constitucional não poderia ser mais lacônico.

Antes da regulamentação do instituto, realizada pela Lei nº 9.882/99, indagava a doutrina se se tratava realmente de um instituto autônomo, pois a única pista deixada para o intérprete da Constituição era o próprio nome do instituto, que teria como pressuposto, portanto, o descumprimento de preceito fundamental

decorrente da Constituição. A competência para o seu julgamento é do Supremo Tribunal Federal e o seu procedimento haveria de ser definido em lei. É, inacreditavelmente, tudo que o constituinte previu acerca da inusitada figura. Como no mandado de injunção, nem uma palavra acerca do seu objeto. Diferentemente deste, porém, aquele não pode ser deduzido a partir de sua finalidade, pois o constituinte não deixou qualquer pista sobre qual a finalidade da argüição de descumprimento de preceito fundamental no sistema constitucional.

JOSÉ DA SILVA PACHECO sustentava que ensejariam a “ação de descumprimento de preceito constitucional” as seguintes hipóteses: “a) de se recusar a aplicação de norma constitucional ou de não aplicá-la; b) de não-cumprimento de norma constitucional por omissão de medidas legislativas necessárias para torná-las exeqüíveis”, além dos recursos ordinário e extraordinário e do mandado de injunção. Diante desta pluralidade de instrumentos com os mesmos pressupostos, entendia ele que “tudo indica” que o parágrafo único do art. 102 destinava-se, na realidade, ao mandado de injunção ³¹⁶. Também para PAULO LOPO SARAIVA, da mesma forma em texto anterior à regulamentação, confundiam-se as hipóteses de cabimento dos dois institutos ³¹⁷.

PAULO NAPOLEÃO DA SILVA, por sua vez, tinha posicionamento diverso a respeito, defendendo uma interpretação específica para a locução “preceitos fundamentais”:

³¹⁶ *Op. cit.*, p. 252.

³¹⁷ RIL 108:85.

“por preceitos fundamentais, não parece adequado entender-se todo o rol de direitos individuais contidos no art. 5º, e menos ainda o dos direitos sociais contidos no art. 7º: para garantia desses direitos a Carta prevê remédios constitucionais e outras vias processuais específicas. Também não parece compatível obrigar-se no novo instituto o escopo de resguardar imediatamente a integridade da própria Constituição: para este caso, as vias processuais são outras. Em conseqüência, **parece adequado identificar como preceitos fundamentais todos aqueles assim definidos pelo próprio constituinte, mas por inteiro no Título I, e não somente os que se incluem no art. 1º do atual texto constitucional**” ³¹⁸.

A nosso ver, antes mesmo da regulamentação, este entendimento refletia uma interpretação mais coerente quanto à inserção do novo instituto na sistemática constitucional, não parecendo razoável que se confundissem as hipóteses de cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental e do mandado de injunção, pois a competência para o julgamento deste, como vimos, não se concentra exclusivamente no Supremo Tribunal Federal. PAULO NAPOLEÃO DA SILVA, de seu turno, aventava uma outra hipótese, a de que, “*ao invés de criar uma figura processual constitucional específica, haja o constituinte elevado os preceitos fundamentais à condição de um ‘novo’ embasamento para a arguição direta de inconstitucionalidade.*” ³¹⁹

³¹⁸ *Op. cit.*, pp. 116-7 - grifo nosso.

³¹⁹ *Op. cit.*, p. 120.

Com a regulamentação do referido dispositivo constitucional como destinado a criar **ação** autônoma, e não como recurso ou incidente processual, e ação caracterizada como modalidade subsidiária de controle abstrato de constitucionalidade ³²⁰, dissiparam-se, definitivamente, as dúvidas que pairavam sobre uma eventual identificação entre a argüição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção.

³²⁰ Ver, por todos, GILMAR FERREIRA MENDES *in* "Argüição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz", www.jus.com.br/doutrina, junho de 2000.

VII – Conclusões:

As Constituições dirigentes, surgidas nos Estados Democráticos de Direito (também denominados Estados Sociais de Direito ou, ainda, Estados de Bem-Estar Social), como a Constituição de 1988, transformam a atividade legislativa e executiva tendo em vista a sua concretização em atividade vinculada. O não-exercício desta atividade concretizadora passa a configurar, portanto, omissão inconstitucional. Surge, destarte, a necessidade de instituição de um controle de constitucionalidade negativo. Neste compasso, é criada, no direito constitucional positivo brasileiro, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

De outra parte, se torna patente a necessidade de se garantir, de plano, a plena aplicabilidade dos direitos fundamentais. Assinale-se, ainda, que os direitos fundamentais de terceira e quarta gerações consagrados pela Constituição de 1988 encontram-se no mesmo patamar dos direitos fundamentais de primeira e segunda gerações, em face do princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais, podendo, portanto, ser defendidos mediante os mesmos instrumentos constitucionais, quais sejam, o mandado de injunção, quando se tratar de omissão legislativa (e, de conseqüência, administrativa) e o mandado de segurança, quando se tratar de omissão administrativa somente.

Entretanto, a circunstância de que tais instrumentos têm natureza judicial suscita preocupações e recuos doutrinários e jurisprudenciais no que toca à abrangência de tais institutos – especialmente do mandado de injunção, que, em

face da pouca clareza do texto constitucional, admite mais de uma interpretação em diversos pontos – em face do princípio da separação dos poderes.

Evidentemente, tratando-se de cláusula pétrea constitucional, não se podem inferir mais exceções ao mesmo do que as já consagradas pelo constituinte. Assim, as soluções para as questões controvertidas acerca do mandado de injunção devem ser buscadas sempre tendo em vista o respeito à divisão e à harmonia entre os “poderes” constituídos.

A questão é especialmente relevante no que diz respeito aos direitos de natureza coletiva. E, como vimos, a utilidade do mandado de injunção diz respeito, de modo especial, aos direitos coletivos. A sua finalidade, enfim, reside, primordialmente, na garantia da efetividade destes direitos, que são os que demandam uma atuação positiva do Estado.

Há que se buscar, portanto, um equilíbrio entre as limitações colocadas pelo princípio da separação de poderes e a necessidade de efetividade dos direitos fundamentais, sempre observado o princípio fundamental da supremacia da Constituição.

De um lado, não são admissíveis, em nosso sistema, decisões como as tomadas pelos juízes norte-americanos modificando dotações orçamentárias ou criando impostos com a finalidade de buscar os recursos públicos necessários à

garantia de direitos constitucionais ³²¹, em franca violação aos princípios da legalidade orçamentária e tributária e, em decorrência, da separação de poderes.

De outro, defender a persistência da eficácia reduzida das normas programáticas, nos termos modelados por JOSÉ AFONSO DA SILVA em sua clássica classificação das normas constitucionais, significa, em nosso ponto de vista, desconhecer a atual intolerância de nosso sistema com a omissão dos poderes constituídos no que tange à concretização da Constituição. Significa, em suma, entender que as opções do legislador e do governo estão acima dos desígnios do poder constituinte.

Cumprе reconhecer, assim, a legitimidade do Poder Judiciário para, em sede de mandado de injunção, proceder à regulamentação subsidiária e provisória imprescindível à concretização do direito fundamental, bem como determinar a prática de ato que satisfaça o direito até então inviabilizado. Não compete ao Judiciário ordenar a criação do tributo ou a autorização orçamentária para a realização da despesa, atos da competência exclusiva do Poder Legislativo. Em suma, o provimento jurisdicional não necessita, não pode – e nem convém fazê-lo – estabelecer o meio pelo qual o direito do impetrante será satisfeito. Cabe-lhe, apenas, verificar se este se encaixa na situação constitucional, fixar os parâmetros para o seu exercício e determinar ao poder público ou ao particular que viabilize o exercício do direito em questão, nos termos da regulamentação provisória realizada, sob pena de crime de desobediência. Se for o Poder Público o titular da obrigação,

³²¹ RICARDO LOBO TORRES é quem dá notícia e menciona casos concretos que deram origem a esta jurisprudência, *in*: RDA 187:94-110.

a este, sendo o caso, incumbirá a modificação orçamentária, tributária ou administrativa que se fizer necessária para o atendimento do direito constitucionalmente garantido.

Esta a solução que propomos para tão instigante controvérsia, sem, de forma alguma, pretendermos ter dado a última palavra a respeito, mas com a convicção de termos contribuído para desafiar os operadores jurídicos a explorarem em sua plenitude o potencial dos novos instrumentos de realização do tão almejado Estado Democrático de Direito.

VIII - Referências Bibliográficas:

1. ACKEL FILHO, Diomar. *Writs Constitucionais*. São Paulo, Saraiva, 1988.
2. BACHA, Sérgio Reginaldo. *Mandado de injunção*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998.
3. BARBI, Celso Agrícola. Mandado de injunção. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo, RT, 1988, nº 637, pp. 7-12.
4. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O objeto e a competência no mandado de injunção. *In: Revista de Informação Legislativa* nº 104. Brasília, Senado Federal, p. 62.
5. BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção: perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, FGV, 1993, nº 191, pp. 1-13.
6. ----- . *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2ª edição. Rio de Janeiro, Renovar, 1993, pp. 175-206.
7. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª edição. São Paulo, Saraiva, 1992, pp. 219-222.

8. BERMUDES, Sérgio. O mandado de injunção. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo, RT, 1989, nº 642, pp. 21-25.
9. BOBBIO, Norberto. Hacia una teoria funcional del Derecho. *In: Contribución a la Teoria del Derecho*. Valencia, Fernando Torres Editor, 1980.
10. CAMPILONGO, Celso Fernandes. As lacunas no direito constitucional. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, 1986, nº 90, pp. 89-98.
11. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Coimbra, Coimbra Ed., 1982.
12. CARRAZZA, Roque Antonio. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. *In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, RT, 1993, nº 03, pp. 120-135.
13. ----- . *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 6ª edição. São Paulo, Malheiros, 1994, pp. 149-152 e 335-339.
14. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo, Saraiva, 1993, pp. 141-156.
15. CLÈVE, CLÈMERSON Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade*

no Direito Brasileiro. São Paulo, RT, 1995.

16. COELHO, Inocêncio Mártires. Sobre a aplicabilidade da norma constitucional que instituiu o mandado de injunção. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, 1989, nº 104, pp. 43-57.

17. COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no Estado moderno. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo, RT, 1986, nº 614, pp. 14-22.

18. ----- . *Muda Brasil: uma Constituição para o desenvolvimento democrático*. São Paulo, Brasiliense, 1986.

19. COSTA, Elcias Ferreira da. O objeto e a competência no mandado de injunção. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, 1989, nº 104, pp. 59-68.

20. COSTA, José Rubens. O mandado de injunção como norma garantidora dos direitos sociais. *In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). Mandados de Segurança e de Injunção*. São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 431-446.

21. DOBROWOLSKI, Sílvio. Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo, RT, 1989, nº 643, pp. 14-19.

22. DUARTE, Marcelo. Mandado de Injunção. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, 1991, nº 110, pp. 127-136.
23. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 2ª edição. São Paulo, RT, 1990.
24. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade. *In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, 1990, nº 34, pp. 27-44.
25. ----- Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, 1989, nº 86, pp. 49-62.
26. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Aplicabilidade e interpretação das normas constitucionais. *In: Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*. São Paulo, Atlas, 1990, pp. 11-19.
27. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo, Saraiva, 1990, pp. 275-277.
28. FLAKS, Milton. Instrumentos de defesa coletiva dos contribuintes. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo, RT, 1992, nº 681, pp. 41-48.

29. GARBI, Carlos Alberto. O silêncio inconstitucional. *In: Revista de Direito Público*. São Paulo, RT, 1991, nº 97, pp. 162-165.
30. GARCIA, José Carlos Cal. Mandado de Injunção. *In: Revista de Direito Público*. São Paulo, RT, 1988, nº 88, pp. 113-115.
31. GARCIA, Maria. Os efeitos do mandado de injunção e o princípio da separação de poderes. *In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, RT, 1993, nº 03, pp. 80-84.
32. GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. A Constituição Brasileira de 1988 e a Normatização da sua Supremacia. *In: Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo, Atlas, 1989, pp. 107-110.
33. GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo, RT, 1989, nº 647, pp. 39-44.
34. GORDILLO, Agustin. *Princípios Gerais de Direito Público*. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo, RT, 1977.
35. GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. Pontos controvertidos do mandado de segurança coletivo e do mandado de injunção. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo, RT, 1989, nº 641, pp. 84-87.

36. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
37. KLEIN, Antônio Carlos. A importância do mandado de injunção na realização dos direitos fundamentais. *In: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*. Volumes XIII/XIV. Fortaleza, 1994/1995.
38. KONDER, Leandro. *O que é dialética*. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 1981.
39. LEITE, Luciano Ferreira. Aplicabilidade imediata dos direitos e garantias individuais da nova Constituição. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo, RT, 1988, nº 635, pp. 14-18.
40. LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Ano XXVIII, nº 28. Curitiba, 1994-95, pp. 109-137.
41. LOBO TORRES, Ricardo. *Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia*. Rio de Janeiro, Renovar, 1995.
42. ----- . O mandado de injunção e a legalidade financeira. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, FGV, 1992, nº 187, pp. 94-110.

43. LOUREIRO, Lair da Silva & LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Mandado de Segurança e Mandado de Injunção*. São Paulo, Saraiva, 1996.

44. MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *Mandados de Segurança e de Injunção*. São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 363-385.

45. MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, FGV, 1993, nº 191, pp. 40-66.

46. MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais: sua dimensão individual e social. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, RT, 1992, nº 01, pp. 198-208.

47. MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo, RT, 1991, nº 97, pp. 216-227.

48. ----- . Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo, RT, 1991, nº 99, pp. 115-127.

49. MOREIRA, Wander Paulo Marotta. Notas sobre o mandado de injunção. *In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). Mandados de Segurança e de Injunção.* São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 405-421.
50. MURICY, Marília. Cidadania, participação e controle do Estado. *In: Revista de Direito Público.* São Paulo, RT, 1988, nº 88, pp. 108-112.
51. NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito.* 11ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 101.
52. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A natureza do mandado de injunção. *In: Revista de Processo.* São Paulo, RT, 1989, nº 56, pp. 86-89.
53. OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes de. O Mandado de Injunção. *In: Revista de Informação Legislativa.* Brasília, Senado Federal, 1988, nº 100, pp. 47-62.
54. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Instrumentos brasileiros de defesa e participação dos administrados. *In: Revista dos Tribunais.* São Paulo, RT, 1992, nº 677, pp. 82-94.
55. PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas.* São Paulo, RT, 1990.
56. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo -*

Mandado de Injunção - Habeas Data: Constituição e Processo. Rio de Janeiro, Forense, 1989.

57. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção.* São Paulo, Atlas, 1999.

58. PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção.* São Paulo, RT, 1996.

59. ----- . A atual dimensão dos direitos difusos na Constituição de 1988. *In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.* São Paulo, 1992, nº 38 , pp. 75-88.

60. ----- . Constituição e transformação social: a eficácia social das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos fundamentais. *In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.* São Paulo, 1992, nº 37 , pp. 63-74.

61. QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão.* 3ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

62. SANCHES, Sydney. Inovações processuais na Constituição Federal de 1988. *In: Revista dos Tribunais.* São Paulo, RT, 1988, nº 635, pp. 48-55.

63. SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O mandado de injunção*. São Paulo, RT, 1989.
64. SARAIVA, Paulo Lopo. O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, 1990, nº 108, pp. 77-92.
65. SARLET, Ingo Wolfgang. As diversas dimensões dos direitos fundamentais e sua importância nas etapas de sua positivação na esfera constitucional e internacional. *In: A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 1998, pp. 46-58.
66. SIDOU, J. M. Othon. *"Habeas corpus", mandado de segurança, mandado de injunção, "habeas data", ação popular (As garantias ativas dos direitos coletivos)*. 4ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 1992.
67. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2ª edição. São Paulo, RT, 1982.
68. ----- . *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª edição. São Paulo, Malheiros, 1992, pp. 391-396.
69. ----- . Mandado de Injunção. *In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). Mandados de Segurança e de Injunção*. São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 397-403.

70. SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo, RT, 1992.
71. SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. *Lineamentos do Mandado de Injunção*. São Paulo, RT, 1993.
72. SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de Injunção. *In: Revista de Direito Público*. São Paulo, RT, 1990, nº 94, pp. 146-151.
73. TÁCITO, Caio. Como fazer valer a Constituição?. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, FGV, 1990, nº 179-180, pp. 11-18.
74. ----- . O direito à espera da lei. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, FGV, 1990, nº 181-182, pp. 38-45.
75. TEMER, Michel. Mandado de injunção e seus limites. *In: Revista de Direito Público*. São Paulo, RT, 1991, nº 98, pp. 27-32.
76. TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. *In: Revista Forense*. Rio de Janeiro, Forense, 1989, nº 306, pp. 79-86.
77. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As novas garantias constitucionais. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo, RT, 1989, nº 644, pp. 7-17.