UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

HELEN B. ORTOLANI

MANDADO DE INJUNÇÃO: o desenvolvimento do Instituto

São Paulo
2010

HELEN B. ORTOLANI

MANDADO DE INJUNÇÃO: o desenvolvimento do Instituto

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Estado sob a orientação do Professor Associado Dr. Sérgio Resende de Barros.

São Paulo
2010

Autorizo a divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de documentação jurídica
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

O89m Ortolani, Helen Barbosa

Mandado de injunção: o desenvolvimento do Instituto. /Helen Barbosa Ortolani – São Paulo. H. B. Ortolani , 2010.
149f.

Bibliografia

Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2010.
Orientador: Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros

1. Direito Constitucional; 2. Mandado de Injunção; 3. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. I. Título.

CDU: 342.722(81)

Título: Mandado de injunção: o desenvolvimento do Instituto

Aprovada em:

Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros FDUSP

FDUSP

Julgamento: _____ Assinatura _____

Julgamento: _____ Assinatura _____

Dedico este trabalho aos meus pais,
José Ortolani e Maria Rosa, e ao meu irmão e
amigo, Hiram, por todo o amor, exemplo,
apoio, incentivo e força.

AGRADECIMENTOS

Este é o momento mais difícil de todos: dos agradecimentos. Os trabalhos acadêmicos são obras coletivas, e assim são, porque por detrás do esforço individual de compilação e organização de ideias e textos, existem inúmeras leituras, conversas, trocas de informações e valiosas contribuições. Eis a dificuldade da tarefa: como agradecer e homenagear a todos de forma sintética e suficiente?

Sou muito grata a muitos e gostaria de consignar aqui uma lista de alguns daqueles que tornaram meu caminho mais ameno no curso de pós-graduação e na confecção deste trabalho.

Ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros, por ter depositado sua confiança em mim ao me aceitar, recém-saída dos bancos da graduação, no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, agradeço, também, por sua paciência em corrigir-me e orientar-me neste trabalho, e, finalmente, por infundir em mim o gosto por dar aulas.

Ao Prof. Dr. Rubens Beçak, pelas excelentes sugestões oferecidas durante o exame de qualificação, ainda que algumas delas não pude (ou não soube) aproveitar devidamente.

À Profa. Dra. Eunice Aparecida de Jesus Prudente, por sua instigante arguição na Banca de qualificação e por seu estímulo ao meu trabalho.

À Prof. Dra. Jeannette Antonios Maman, por sempre estimular minha participação e meus questionamentos (ou analogias?) em suas aulas, até mesmo os questionamentos mais imaginativos... (alguns deles, para minha alegria, até hoje utilizados em suas aulas)

À Profa. Dra. Elza Antônia Pereira Cunha Boiteux, por apostar em meu potencial e, a partir de minhas participações em suas aulas, convidar-me a integrar sua equipe de monitores.

Ao Prof. Dr. José Antonio Remédio, que fez despertar em mim, ainda nos bancos da academia, o gosto pela pesquisa acadêmica, ensinando-me a dar os primeiros passos. Ensinou-me algo de valor inestimável.

À amiga Laura Sant'Ana, que mesmo do outro lado do mundo, sempre se fez presente e separou um tempinho em seu atarefado dia para revisar a versão do *abstract* deste trabalho.

Ao Sr. Francisco Mariano, do Serviço de Biblioteca da Faculdade de Direito, pela ajuda na elaboração da ficha catalográfica desta dissertação e pelo pronto atendimento.

Aos meus colegas e amigos Fábio Pereira, Ivo Höhn, Luiz Henrique Boselli que conheci ainda no concurso de ingresso, e, aos colegas que posteriormente integraram o grupo de orientandos do Prof. Sérgio, João Carlos Navarro, Irinéia Senise, Leonardo Quintiliano, Felipe Mendonça e Eduardo Marcon, por todo o apoio e companheirismo.

À Ana Silvia Leite, Lilian Madi, Fernanda Mazzafera, Luiame Xavier, Aarão Miranda, Bruno di Giulio e tantos outros que foram tão importantes durante este período de dedicação à dissertação.

Por fim, ao meu querido Fabrício Palomo, por tudo, simplesmente tudo.

RESUMO

ORTOLANI, H. B. *Mandado de injunção: o desenvolvimento do Instituto*. 2010. 149f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

A Constituição Federal brasileira de 1988 dedicou particular atenção à chamada omissão inconstitucional e criou dois mecanismos para seu controle: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Inscreveu o mandado de injunção dentre as garantias constitucionais, dando-lhe cabimento sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Esta dissertação tem o objetivo de estudar o processo de conformação e transformação do instituto do mandado de injunção, por meio de pesquisa histórica, doutrinária, legal, direito comparado e jurisprudencial, de modo a destacar sua importância como instrumento processual constitucional apto, ainda que com muitas variáveis, a suprir a omissão legislativa em relação aos direitos subjetivos, quaisquer que sejam eles, desde que previstos na Constituição e dependentes de regulamentação infraconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de injunção. Efetividade. Norma constitucional. Omissão inconstitucional.

ABSTRACT

ORTOLANI, H. B. *Injunction writ: the development of the institute*. 2010. 149f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

The 1988 Brazilian Federal Constitution devoted particular attention to the so-called unconstitutional omission by the legislator and created two mechanisms for its control: the Injunctive Writ and the Direct Unconstitutionality Suit due to Omission. It has inserted Injunctive Writ amongst the constitutional warranties and has prescribed that the Injunctive Writ would be available whenever the lack of regulatory legislation makes unfeasible the exercise of constitutional rights and freedoms and the exercise of rights related to nationality, sovereignty or citizenship. The scope of this dissertation is to study the process of creation and transformation of the injunctive writ through a historical, academic, legal, jurisprudential and comparative law research, in a way that emphasizes its importance as a constitutional procedural tool that, despite its many variables, is apt to fulfil the legislative omission in relation to the any subjective rights, as long as the rights in question are prescribed by the Constitution but are dependent on statutory regulation for its effectiveness.

KEYWORDS: Injunction writ. Effectiveness. Constitutional Rule. Unconstitutional Omission.

RIASSUNTO

ORTOLANI, H. B. *Ingiunzione: lo sviluppo del'istituto*. 2010. 149f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

La Costituzione Federale Brasiliana del 1988 ha prestato particolare attenzione alla cosiddetta omissione incostituzionale e ha creato due meccanismi per il suo controllo: l'ingiunzione e l'azione diretta di incostituzionalità per omissione. L'ingiunzione è stata inserita tra le garanzie costituzionali ed è appropriata quando la mancanza di regole rende impossibile l'esercizio dei diritti costituzionali e le libertà e le prerogative inerenti alla nazionalità, la sovranità e la cittadinanza. Il presente documento si propone di esplorare il processo di plasmazione e trasformazione dell'istituzione di ingiunzione, per mezzo di ricerca storica, dottrina, legge, giurisprudenza comparativa e giurisprudenza, al fine di evidenziare la sua importanza come strumento costituzionale procedurale abile, anche se con molte variabili, per sopperire l'omissione legislativa in materia di diritti soggettivi, qualunque esse siano, purché previsti nella Costituzione e essere alle dipendenze di infra-regolamentazione.

PAROLE CHIAVE: Ingiunzione. Effettività. Norma costituzionale. Omissione incostituzionale.

ABREVIATURAS

ADin	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADIO	Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão
Ag. Pet.	Agravo de Petição
AgRgMI	Agravo Regimental no Mandado de Injunção
CF	Constituição Federal
CJ	Conflito de Jurisdição
Coord.	Coordenador
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
Des.	Desembargador
Desig.	Designado
<i>DJ</i>	<i>Diário da Justiça da União</i>
DPG	Duplo Grau de Jurisdição
E.	Egrégio
EC	Emenda Constitucional
EDecl.	Embargos Declaratórios
EDiv.	Embargos de Divergência
EI	Embargos Infringentes
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
j.	julgado
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
MI	Mandado de Injunção
MIMC	Medida Cautelar no Mandado de Injunção
Min.	Ministro
MI-QO	Questão de Ordem no Mandado de Injunção
m.v.	maioria de votos
p.	página
Pet.	Petição
publ.	publicado

R.	Região
r.	respeitável
<i>RDA</i>	<i>Revista de Direito Administrativo</i>
<i>RDP</i>	<i>Revista de Direito Público</i>
RE	Recurso Extraordinário
Recl.	Reclamação
rel.	relator(a)
REO	Remessa <i>Ex Officio</i>
REsp.	Recurso Especial
<i>RF</i>	<i>Revista Forense</i>
RI	Regimento Interno
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RISTJ	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
<i>RJ</i>	<i>Revista Jurídica</i>
<i>RP</i>	<i>Revista de Processo</i>
<i>RSTJ</i>	<i>Revista do Superior Tribunal de Justiça</i>
<i>RT</i>	<i>Revista dos Tribunais</i>
RT-CDCCP	<i>Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política</i> , Revista dos Tribunais
<i>RTJ</i>	<i>Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal</i>
S.	Sessão/Seção
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
T.	Turma
TFR	Tribunal Federal de Recursos
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TP	Tribunal Pleno
TRF	Tribunal Regional Federal
v.	<i>vide</i>
v.u.	votação unânime

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	17
1.1. EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	18
1.2. A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E SUAS MODALIDADES	34
2. O MANDADO DE INJUNÇÃO.....	41
2.1. ANTECEDENTES	41
2.1.1. <i>Direito Comparado</i>	41
2.1.2. <i>Criação no Brasil</i>	50
2.2. CONCEITO	52
2.3. PRESSUPOSTOS	56
2.3.1. <i>Identificação</i>	56
2.3.2. <i>Falta de norma regulamentadora</i>	57
2.3.3. <i>Omissão normativa e mora</i>	59
2.3.4. <i>Restrições à impetração</i>	62
2.4. OBJETO	65
2.4.1. <i>Corrente restritiva</i>	67
2.4.2. <i>Corrente intermediária</i>	68
2.4.3. <i>Corrente ampla (abrangente ou ampliativa)</i>	70
2.4.4. <i>Corrente amplíssima</i>	75
2.5. NATUREZA JURÍDICA	77
2.6. EFEITOS DA DECISÃO	79
2.6.1. <i>Corrente não concretista</i>	80
2.6.2. <i>Corrente concretista individual</i>	84
2.6.3. <i>Corrente concretista geral</i>	89
2.6.4. <i>A afirmação do mandado de injunção na jurisprudência do STF</i>	90
2.7. AUTOAPLICABILIDADE	101
2.8. ALGUNS ASPECTOS PROCESSUAIS	104
2.8.1. <i>Rito</i>	104
2.8.2. <i>Sujeitos processuais</i>	105
2.8.3. <i>Competência</i>	107
2.8.4. <i>Exordial</i>	111
2.8.5. <i>Desistência da ação</i>	112
2.8.6. <i>Liminar</i>	113
2.8.7. <i>Provas</i>	115
2.8.8. <i>Recursos</i>	116
2.8.9. <i>Coisa julgada</i>	117
2.9. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO	118
2.10. MANDADO DE INJUNÇÃO E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	119
3. CONSIDERAÇÕES FINAIS	129
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	140

INTRODUÇÃO

A ordem fundamental estabelecida na Constituição brasileira de 1988 carece, em algumas hipóteses, de lei infraconstitucional para sua concretização, de modo que compete às instâncias políticas e, principalmente, ao legislador, a edificação formal e substancial do Estado constitucional.

Os órgãos legislativos têm o dever-poder de conformar o Texto Fundamental à realidade fática, social. Isso, porque a Constituição “é, em si, obra incompleta, inacabada. Não esgota, e nem pode pretender esgotar, toda a matéria que encerra. O seu conteúdo fundamental, por mais minucioso e abrangente que seja, é genérico e sintético. Em verdade, não pode o Constituinte regular tudo diretamente e nem é oportuno que o faça.”¹

É inevitável que a Constituição deixe um enorme espaço aberto a exigir seu preenchimento pela atuação dos poderes constituídos, que pela sua efetiva ação trará aplicação plena à Lei Maior. Não parece subsistir dúvida, portanto, de que a concretização da Constituição há de ser efetivada fundamentalmente mediante a promulgação de lei, dentre outras formas, e quando não há sua edição, inviabilizando o exercício de direitos constitucionalmente previstos, tem-se a omissão inconstitucional.²

O Constituinte de 1987/1988 dedicou particular atenção à chamada “omissão do legislador”. Previu dois mecanismos de controle dessa omissão: o mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, destinado à defesa de direitos subjetivos atingidos pela omissão legislativa ou administrativa como forma de controle difuso, ao lado da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, § 2º, como forma de controle concentrado da omissão.

Enquanto o mandado de injunção se destina à proteção de direito subjetivo, identificando-se como instrumento da fiscalização concreta (ou difusa), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem como objetivo a proteção da ordem jurídica, identificando-se como mecanismo de fiscalização abstrata (ou concentrada).

¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte. *Revista de informação Legislativa*. Brasília, a. 23, n. 89, jan./ mar., 1986, p. 50.

² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional*. Discurso proferido no 14º Congresso da Conferência de Cortes Constitucionais Europeias em 4 de junho de 2008a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Omisao_Legislativa_v__Port.pdf>. Acesso em 12 dez. 2008.

A introdução de um sistema de controle da omissão, seja ele concentrado ou difuso, que se limite a constatar a omissão inconstitucional do legislador, sem que haja efetiva ação do órgão legislativo na edição da norma, não resolve concretamente o problema decorrente da omissão inconstitucional.

O mandado de injunção foi criado pelo constituinte brasileiro de 1987/1988 com a função precípua de tornar exequíveis direitos contemplados na Constituição, mas que carecem de efetividade em razão da inexistência de normas infraconstitucionais regulamentadoras desses direitos.

Tal desiderato, no entanto, não foi concretamente atingido, tendo em vista que o STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário, ao conformar jurisprudencialmente o instituto, acabou adotando, inicialmente, um posicionamento bastante estreito, no sentido de que no caso de procedência da injunção apenas se reconhece a mora legislativa e se comunica ao poder competente sua omissão.

Com sua criação, várias centenas de ações foram propostas no Supremo Tribunal Federal, o que levou a Corte a apreciar diversas questões polêmicas relacionadas com o instituto, dentre elas: as relativas à sua aplicabilidade imediata, ao procedimento, à natureza jurídica da ação, ao conteúdo, ao objeto e aos efeitos da decisão eventualmente proferida.

O STF, ao conceder o mandado de injunção, não está criando direito, mas, sim, possibilitando a concretização de um direito que já está previsto na Constituição, mas que ainda não é exercitado por carecer de regulamentação infraconstitucional.

No entanto, a postura assumida em 23 de novembro de 1989 pelo STF, quando do julgamento do “leading case” MI-QO 107-DF, ao adotar a natureza jurídica de ação mandamental para o instituto e se orientar no sentido de que o mandado de injunção “é ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão”, tornou utópicas as perspectivas sonhadas quando da criação do instituto. Concretamente, acabou por impossibilitar a efetivação de direitos previstos na Constituição, que careciam de exercício em face da falta

de norma regulamentar. Tornou o instituto, sobre o qual foram depositados grandes sonhos, em verdadeira letra morta.

Lamentavelmente, o posicionamento adotado pelo STF em relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, da mesma forma que se verificou com o mandado de injunção, acabou por se limitar, no caso de procedência da ação, em reconhecer a mora legislativa e comunicar o órgão omissor para que tome as providências necessárias para o suprimento da omissão.

Decorridos mais de vinte anos da promulgação da Constituição, embora tenha ela previsto tanto o mandado de injunção como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, continua sem implementação concreta uma série de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, nela contemplados, que dependem da edição de norma regulamentadora para sua efetivação.

Nos últimos anos, porém, o Supremo Tribunal Federal, ainda que de forma esparsa, passou a tratar o mandado de injunção sob nova ótica, inclusive conformando-o como instrumento hábil para a concretização de direitos que não podem ser exercitados em razão de dependerem de norma regulamentadora não editada.

Quando do julgamento dos mandados de injunção n.s 670, 708 e 712, que tratavam da ausência de lei que regulamentasse o direito de greve para o serviço público, entendeu a Suprema Corte que na falta de regulamentação específica que assegurasse o exercício do direito de greve dos servidores, inércia essa existente por um longo e injustificado lapso temporal, passar-se-ia a adotar, em relação à Administração Pública, com algumas especificidades, a lei que dispõe sobre a greve dos trabalhadores da iniciativa privada, regulada pela Lei 7.783/1989.

A questão da omissão legislativa e a consequente postura do Judiciário sobre o tema tem sido um dos assuntos mais abordados pela comunidade jurídica, em encontros de Cortes Constitucionais ao redor do mundo.³ Apesar de ser assunto de grande preocupação mundial e da tendência, esperada, dessa postura ativa da Corte Constitucional, ainda há direitos constitucionais pendentes de regulamentação, apesar da declaração de mora (omissão) do Legislativo pelo Supremo Tribunal Federal em inúmeras oportunidades.

³ Omissões legislativas em casos votados pelo STF ainda não foram resolvidas. Notícias STF. Terça-feira, 06 de Janeiro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=101457>

As novas decisões a serem proferidas pelo STF virão mostrar se o mandado de injunção constitui, realmente, um instrumento efetivo de proteção dos direitos subjetivos maculados em face de omissões inconstitucionais, ou se o instituto não passa de uma quimera, de um sonho, sem qualquer utilidade prática.

Enfim, é a possibilidade de renascimento de concretização do sonho original, ou seja, a existência de uma garantia constitucional que, de fato, possibilite a realização de direitos constitucionais que não podem ser exercitados em decorrência da inexistência da respectiva norma regulamentadora.

Para efeito da pesquisa foi estabelecida uma estratégia metodológica a possibilitar a comparação das três partes do conhecimento jurídico – doutrina, legislação e jurisprudência –, com o escopo de dar a oportunidade de realização de uma análise ampla e precisa do processo de reconhecimento, sistematização e consolidação da garantia constitucional objeto do estudo.

De um lado, a investigação científica é estruturada como uma pesquisa de diagnóstico teórico por meio da análise doutrinária. De outro lado, no campo empírico, é realizada a partir do mapeamento jurisprudencial e legislativo no Brasil, em especial da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa tem como objetivo demonstrar o desenvolvimento do instituto do mandado de injunção, destacando sua importância como instrumento processual constitucional apto, ainda que com muitas variáveis, a suprir a omissão legislativa em relação aos direitos subjetivos, quaisquer que sejam eles, desde que previstos na Constituição e dependentes de regulamentação infraconstitucional.

O trabalho está dividido em três partes: a primeira, denominada “considerações iniciais”, trata das normas constitucionais e da omissão normativa inconstitucional, a segunda, intitulada “mandado de injunção”, analisa especificamente o “mandado de injunção”, e a última, denominada “considerações finais”.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As diversas situações jurídicas subjetivas, concernentes ao estabelecimento de direitos, criadas pela Constituição, seriam de ínfima valia, se não houvesse meios adequados para garantir a concretização de seus efeitos. Por esse motivo, a maioria das constituições modernas, originárias do liberalismo, prevê determinados *writs* constitucionais, além de variadas outras disposições, para tornar efetiva e exequível a limitação do poder estatal, especialmente quando confrontado com os direitos do indivíduo.

A prática, segundo Sérgio Resende de Barros, mostra que a simples enunciação de direitos pela Constituição é insuficiente para garanti-los e preservá-los. A realidade mostrou que “além de declarar, cumpria garantir a declaração.”⁴

A ordem constitucional prevê, como mecanismos garantidores de sua efetividade, instrumentos especiais, para que certas situações específicas encontrem rápida solução.⁵ Esses instrumentos são as garantias jurídicas, que correspondem aos meios processuais de proteção dos direitos, ações e respectivos procedimentos dedutíveis perante o Judiciário. Não podem ser reduzidos a meros procedimentos especiais, conforme disciplina comum dos Códigos de Processo, porque, além do rito célere e eficiente, trazem implícitos poderes da função judicial em face dos órgãos estatais.

A Constituição Federal de 1988 inclui entre as garantias individuais os seguintes *writs* ou remédios constitucionais: *habeas corpus*, *habeas data*, direito de petição, mandado de segurança, ação popular e mandado de injunção.

Tais remédios constitucionais identificam-se como garantias constitucionais destinadas a cercear a ilegalidade ou o abuso praticado pelo Poder Público e às vezes por particulares, quando no exercício de função estatal, não podendo ser abolidos ou limitados pelo legislador ordinário, e nem mesmo por emenda constitucional, diante do contido no art. 60, §4º, IV, da CF, tendo sua criação e limites impostos pelo próprio poder constituinte originário.

⁴ BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas, SP: Millenium Editora, 2007, p. 237.

⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 142.

O mandado de injunção surge no contexto constitucional brasileiro após perceber-se, com o passar dos anos, que o abuso de poder não se dava exclusivamente de modo comissivo. Percebeu-se a omissão inconstitucional não só como ofensa à Constituição, mas também como violação ao pleno exercício dos direitos individuais e coletivos, de modo que a injunção torna-se mais um instrumento apto à defesa de direitos e liberdades constitucionais, caracterizando-se como um direito subjetivo público.

O mandado de injunção integra os denominados “direitos e garantias fundamentais”, previsto no Título II da CF. Embora haja controvérsia doutrinária a respeito, entendemos, com Sérgio Resende de Barros, que direitos humanos e direitos fundamentais são um único instituto jurídico.⁶ No Estado de Direito Democrático, conforme o STF, “devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos”⁷. Como tal, toda e qualquer interpretação envolvendo o mandado de injunção, sob seu aspecto substantivo ou procedimental, deverá ser a mais generosa possível.

1.1. Efetividade das normas constitucionais

A compreensão do mandado do instituto do de injunção passa, necessariamente, pela abordagem da classificação⁸ concernente à eficácia das normas constitucionais.

Primeiramente, é necessária uma breve diferenciação acerca da validade, eficácia e efetividade das normas.

Norma válida, vista do ângulo dogmático, fechado, é, segundo Tércio Sampaio, aquela que cumpre o processo de formação ou produção normativa em conformidade com aquilo que determina o ordenamento jurídico.⁹

⁶ BARROS, *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 29.

⁷ STF, HC 82424- RS, TP, m.v., j. 27-9-2003, rel. Maurício Corrêa, *DJ* 19-03-2004, p. 17.

⁸ Não se desconhecem as diversas classificações sobre a norma constitucional e sua eficácia perfilhadas pela doutrina ao longo dos anos, mas que não serão abordadas por desviarem o foco do presente trabalho. Nos alerta Genaro R. Carrió que “os juristas acreditam que essas classificações constituem a verdadeira forma de agrupar as ‘refilas’ e fenômenos em lugar de vê-las como simples instrumentos para uma melhor compreensão daqueles. Os fenômenos – se crê – devem acomodar-se à classificação, e não o inverso.”. CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, p. 72. – tradução nossa.

A validade, por si só, não basta para que a norma atinja sua finalidade, sendo imperiosa a observância da consciência coletiva para não reduzi-la a mera vigência, e ser cumprida “por causa da coercitividade do Estado”.¹⁰

Assim, a norma formalmente válida é aquela elaborada dentro de um referencial de legalidade e legitimidade e assim ser socialmente eficaz, fazer os seus efeitos socialmente eficazes.

A eficácia, por sua vez, surge, consoante Miguel Reale, dentro de um contexto de validade da norma: “a validade da norma de direito pode ser vista sob três aspectos: o da validade formal ou técnico-jurídica (vigência), o da validade social (eficácia ou efetividade) e o da validade ética (fundamento)”¹¹ Assim, a eficácia se refere à aplicação ou execução da norma jurídica.

Tércio Sampaio realça a essencialidade da noção da eficácia das normas constitucionais, elevando-a a regulador ideológico importante para a constituição, autorizando a “concomitância de princípios, finalidades, obrigações, permissões, sem que esta concomitância resulte numa simultaneidade real”, de modo a tornar possível o atendimento, inclusive, de “pressões políticas diversas, estatuinto-se certas normas que postergam, contudo, a produção de efeitos para o futuro”.¹²

Segundo Gilberto Bercovici, a eficácia pode ser compreendida em dois sentidos: jurídico e social. A eficácia em seu sentido jurídico “diz respeito à possibilidade jurídica de aplicação da norma, ou seja, é a qualidade de produzir, mais ou menos, efeitos jurídicos ao regular situações ou comportamentos.” Quanto ao seu sentido social, refere-se à “conformidade das condutas à norma, isto é, se ela foi realmente observada.”¹³ Seria, esta última, a implementação do programa finalístico orientador da atividade legislativa. Em síntese: “A norma só será efetiva quando seu objetivo for alcançado por força de sua eficácia (observância, aplicação, execução, uso), ou seja, quando ocorrer a concretização do comando normativo no mundo real.”¹⁴

⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 165.

¹⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 112.

¹¹ Ibid. p. 105.

¹² FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. Constituinte - Regras para a Eficácia Constitucional. *Revista de Direito Público*, n. 76, São Paulo: 1985, pp. 67-69.

¹³ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36, n. 142, abr./jun. 1999, p. 39.

¹⁴ Ibid., mesma página.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes apresentam outros dois níveis de manifestação da eficácia jurídica das normas constitucionais: o sintático e o semântico. O nível sintático diz respeito “às relações de coordenação e subordinação das normas constitucionais”. Já o nível semântico refere-se “ao predicado que investe a norma da capacidade de gerar direito subjetivo ao respectivo titular”. A norma constitucional, para os autores, no mínimo goza de eficácia jurídica sintática,

“gerando a inconstitucionalidade de todos os atos normativos infraconstitucionais incompatíveis com ela, condicionando a interpretação do direito infraconstitucional, revogando os atos normativos a ela anteriores e com ela incompatíveis e, por fim, servindo de limite para a interpretação das demais normas constitucionais que com ela venham a se chocar”.¹⁵

De modo geral, refere-se a eficácia à produção de efeitos. Nas lições de Tércio Sampaio¹⁶, a norma será eficaz se e quando: a) tiver condições fáticas de atuar, posto que será adequada em relação à realidade; b) tiver condições técnicas de atuar, uma vez que estarão presentes elementos normativos para adequá-la à produção de efeitos concretos. Pontua o autor que a ineficácia pode se dar nos dois sentidos, simultaneamente ou não. E conclui:

eficácia é uma qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para a sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica).¹⁷

Sérgio Resende de Barros sintetiza, funde, os sentidos da eficácia (social e jurídica) para formar um todo, a que denominou efetividade:

A efetividade é o produto da efetivação. Nela se somam – sintetizam-se – a eficácia jurídica e a social. Eficácia jurídica é capacidade de produzir efeitos jurídicos: aptidão. Eficácia social é produção efetiva desses efeitos: concreção. Completando-se, produzem a transformação da norma em conduta segundo o valor que a instrui. Somando-se, realizam o direito na prática social. No fim do processo de efetivação, a efetividade resulta sendo um todo: a soma da eficácia jurídica com a social. Nessa soma, a efetividade é o acatamento do direito pela práxis social.¹⁸

¹⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18-19.

¹⁶ FERRAZ JR., 2008, p. 168-170.

¹⁷ Ibid., p. 171.

¹⁸ BARROS, 2007, p. 178. Para os fins do presente trabalho, adotar-se-á o conceito de efetividade como sinônimo de eficácia.

Acrescenta o autor a necessidade de garantir-se a eficácia jurídica e buscar-se a eficácia social, sem se descurar de uma ou de outra, uma vez que só assim se “completa a efetividade”.¹⁹

A efetividade, nos dizeres de Luís Roberto Barroso, significa a realização do Direito, “o desempenho concreto de sua função social”, de modo a representar a materialização dos preceitos legais no mundo dos fatos e simbolizar a aproximação entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.²⁰

Após essa diferenciação, a partir de uma definição do que é norma constitucional, parte-se para sua classificação quanto aos efeitos que produz.

Têm-se por normas constitucionais “todas as regras que compõem uma constituição rígida”.²¹ São todas as disposições inseridas em uma Constituição, pouco importando o que expressam, pelo só fato de integrarem um texto constitucional, são normas constitucionais – formal ou materialmente.²²

Parece tamanha obviedade dizer que “as normas constitucionais existem para serem aplicadas”²³ e que “todas são dotadas de eficácia”²⁴, mas nem sempre foi assim.

Uma das primeiras doutrinas a classificar as normas constitucionais quanto aos seus efeitos foi encabeçada por Thomas Cooley, que as dividiu em normas autoexecutáveis (*self executing*) e não autoexecutáveis (*not self executing*). Em suas palavras:

As cortes não são guardiãs dos direitos do Estado, exceto aqueles direitos assegurados por alguma disposição constitucional que viabilize a cognição judicial. A proteção contra legislação imprudente ou opressiva, dentro da limitação constitucional, é um apelo à justiça e ao patriotismo dos representantes do povo. Caso isso falhe, o povo, no exercício de sua soberania, pode corrigir o mal, mas as cortes não poderão presumir seus direitos. O judiciário pode apenas deter a execução de uma lei quando conflitar com a Constituição. Não disputa opiniões sobre pontos de certeza, razão e expedientes com o poder legiferante. Qualquer ato legislativo que não usurpe a separação de poderes entre os departamentos do governo, sendo *prima facie* válido, deverá ser cumprido, salvo se restrições à autoridade do ato legislativo possam ser apontadas na Constituição e o caso

¹⁹ BARROS, 2007, p. 239.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009a, p. 82-83.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 44

²² CUNHA JR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 77.

²³ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 21.

²⁴ SILVA, J. A. *op. cit.*, p. 76. Cf. também BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 58.

apresentado delas decorra. Se as cortes não têm liberdade de declarar a lei írrita em razão de sua aparente injustiça, da mesma forma não poderão os juízes quando a eles parecer violar princípios fundamentais do governo republicano, a menos que se verifique que aqueles princípios estejam alocados acima da usurpação legislativa pela constituição.²⁵

Explica José Afonso da Silva que para tal doutrina as normas constitucionais *self-executing* “são as desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam”. Já as normas constitucionais *not self-executing* “são as de aplicabilidade dependente de leis ordinárias.”²⁶

Foi Ruy Barbosa, ao tratar das normas autoaplicáveis e não autoaplicáveis, quem difundiu no Brasil a pioneira doutrina estadunidense que enfrentava o problema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. E explicava:

Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular de seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício, os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo seu critério, os habilite a exercerem. A Constituição não se executa a si mesma: antes requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos”.²⁷

Na mesma esteira, Pontes de Miranda,²⁸ ao se debruçar sobre o tema, optou por classificar as normas constitucionais em *normas bastantes em si* e *normas não bastantes*

²⁵ COOLEY, Thomas M. A. *Treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of American Union*. 6th Ed., 1890, p. 201- 202. “The courts are not the guardians of the rights of the State, except as those rights are secured by some constitutional provision which comes within the judicial cognizance. The protection against unwise or oppressive legislation, within constitutional bounds, is by an appeal to the justice and patriotism of the representatives of the people. If this fail, the people in their sovereign capacity can correct the evil; but courts cannot assume their rights. The judiciary can only arrest the execution of a statute when it conflicts with the constitution. It cannot run a race of opinions upon points of right, reason, and expediency with the lawmaking power. Any legislative act which does not encroach upon the powers apportioned to the other departments of the government, being *prima facie* valid, must be enforced, unless restrictions upon the legislative authority can be pointed out in the constitution, and the case shown to come within them.

If the courts are not at liberty to declare statutes void because of their apparent injustice or impolicy, neither can they do so because they appear to the minds of the judges to violate fundamental principles of republican government, unless it shall be found that those principles are placed beyond legislative encroachment by the constitution.” (tradução nossa)

²⁶ SILVA, J. A., 2008, p. 74.

²⁷ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 488-489.

²⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*.t. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 126.

em si, de modo a invocarem, ou não, regulamentação para a sua aplicação, classificação essa que em muito se aproxima daquela oferecida por Cooley e Ruy Barbosa.

A partir das lições de Ruy Barbosa e Pontes de Miranda pode-se facilmente inferir a problemática das normas não autoexecutáveis (ou não bastantes *em si*), que não detinham aplicabilidade imediata. Tal classificação tentou explicar as diferenças existentes entre as normas constitucionais: “algumas delas geravam direito subjetivo, enquanto outras, por se limitarem tão somente a traçar programas, a definir rumos, não tinham condições de ser aplicadas integralmente.”²⁹ De modo que cabia ao Legislativo dar-lhes cumprimento.

Apesar do pioneirismo, essa classificação não ficou alheia a críticas. José Afonso da Silva sustenta que a pura e simples classificação proposta por Cooley não corresponde às exigências da ciência jurídica, tampouco à realidade e às necessidades práticas de aplicação das constituições, “pois sugere a existência, nestas, de normas ineficazes e destituídas de imperatividade”.³⁰ Nem mesmo as normas autoexecutáveis produzem por si todos os possíveis efeitos, “pois são sempre passíveis de novos desenvolvimentos mediante legislação ordinária, nem as ditas *não auto-aplicáveis* são de eficácia nula, pois produzem efeitos jurídicos e têm eficácia, ainda que relativa e reduzida.”³¹

Essa classificação foi fixada pela doutrina durante anos, sendo retomada após as profundas transformações socioeconômicas que ocorreram após a Primeira Grande Guerra, que afetaram especialmente os textos constitucionais, que “passaram a disciplinar direitos econômicos e sociais e a trazer normas programáticas, deixando de ser simples repositórios de direitos civis e liberdades públicas”.³² Após a Revolução soviética de 1917 as estruturas jurídico-constitucionais passaram por mudanças profundas, de forma e conteúdo. As Constituições de índole socialista iniciaram um modo novo de normatização dos direitos sociais: enunciação e mecanismos de concretização.³³

Segundo Marcelo Figueiredo, a retomada dessa discussão vem mesmo por ocasião do fim da Segunda Guerra Mundial, principalmente na Itália, sobretudo, “em razão da *debâcle* produzida pela derrota na guerra – o caos institucional italiano foi de grandes

²⁹ SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 17.

³⁰ SILVA, J. A., 2008, p.75.

³¹ Ibid., p.76.

³² DINIZ, Rivanildo Pereira. *Controle de inconstitucionalidade por omissão*. – Poços de Caldas, MG: Sulminas, 2003, p. 51.

³³ SARAIVA, Paulo Lopo. O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília n. 108, out.-dez., 1990.

proporções -, atingindo sobremaneira as instituições e o próprio Direito Constitucional, a noção de Direito Constitucional entrou em estado de crise profunda.”³⁴

A Constituição italiana de 1948 apresentava marcante perfil programático, o que proporcionou intensos debates sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, especialmente em razão de decisões judiciais sobre a aplicabilidade daquelas normas, o que permitiu à doutrina italiana se concentrar na análise científica do tema, contribuindo e formulando teorias sobre a aplicabilidade nas diversas normas constitucionais.³⁵

Quando aprovada a Constituição italiana defendeu-se que toda a Constituição era composta de normas não autoexecutáveis. O texto constitucional teria sido reduzido a “apenas e tão somente um indicador de normas, todas elas dependentes de uma regulamentação futura.” O que foi exceção para os Estados Unidos da América seria regra para a Itália.³⁶

Vezio Crisafulli, ao tratar da eficácia normativa das normas programáticas, adverte que a presença dessas disposições não é novidade da Constituição italiana, considerando sua existência desde o século XVIII. A novidade consistiu na maior frequência em que aparece nas constituições contemporâneas. Essa maior frequência, explica, existe em função da estrutura social do Estado.³⁷

Gaetano Azzariti,³⁸ dentre outros juristas a ele contemporâneos³⁹, ao elaborar a classificação sobre a eficácia das normas constitucionais, diferenciava-as em três categorias: diretivas, preceptivas diretas e imediatas e preceptivas diretas e não imediatas.

De acordo com sua classificação, integravam o universo das normas constitucionais diretivas⁴⁰ as que não continham um preceito concreto, apenas dando diretivas ao

³⁴ SANTOS, M.O.F.F., 1991, p. 18.

³⁵ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 63. Cf. também BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 238.

³⁶ SANTOS, M.O.F.F., 1991, p. 18.

³⁷ CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952, p. 40. Cf. VALENTINI, Antonio. *Lineamenti di uno studio sui principi costituzionali*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957, p. 93.

³⁸ AZZARITI, Gaetano. *Problemi attuali di diritto costituzionale*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, p. 103. “Per riassumere: secondo gli insegnamenti contenuti nella sentenza e le osservazioni che procedono, si potrebbero nella Costituzione distinguere tre categorie di norme e, cioè; 1° *norme direttive*, le quali non contengono alcun precetto concreto, ma danno solo direttive al legislatore futuro;”

³⁹ Cf. RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Sull'efficacia abrogante delle norme della Costituzione italiana*. Foro Padano, 1950, IV, p. 153 e ss. Esta obra trata da distinção entre normas preceptivas e diretivas e traz diversos escritos à época publicados com opiniões divergentes àquelas acolhidas no texto.

legislador futuro, eram concebidas como normas destituídas de obrigatoriedade, que poderiam ser violadas por lei ordinária, sem que disso decorresse qualquer inconstitucionalidade. Isto é, “as normas diretivas veiculavam, tão somente, uma diretriz ao legislador futuro, não apresentando qualquer eficácia, ou mesmo qualquer juridicidade”.⁴¹ Já as normas constitucionais preceptivas⁴² continham preceitos de caráter obrigatório e impositivo e se subdividiam em imediatas e mediatas. As primeiras impediam qualquer nova lei discordante e modificavam ou ab-rogavam as normas anteriores que com elas contrastavam. As normas preceptivas mediatas igualmente impediam a emanção de nova lei discordante, mas porque requeriam norma jurídica integrativa, tinham sua aplicação suspensa, não alterando a eficácia da lei anterior.

Em sua distinção, Azzariti destacou critérios quanto ao destinatário, quanto ao objeto e quanto à natureza da norma. Quanto ao destinatário, diretivas eram as normas dirigidas ao legislador e preceptivas aquelas endereçadas aos cidadãos e ao juiz. Atendo-se ao objeto normativo, enquanto as normas diretivas apresentavam por objeto comportamentos estatais, as preceptivas recaíam sobre relações privadas. Por fim, no tocante à natureza normativa, as normas diretivas se caracterizavam pelo seu alto teor de abstração e imperfeição e as normas preceptivas, por serem normas concretas e completas, suscetíveis de imediata aplicação e dotadas de incontestável juridicidade.⁴³

A crítica não poupou reparo aos critérios apresentados. O mais combatido é aquele quanto ao destinatário. Segundo Paulo Bonavides, as “principais objeções referentes ao *destinatário* das normas se fundamentam sobretudo em argumentos de Kelsen e Santi Romano, cujas posições, sem embargo de seu teor divergente, coincidem como refutação doutrinária daquela tese”. Bonavides, esforçando-se para explicar Kelsen, assenta que a rejeição do critério reside na doutrina que define a norma jurídica pelo seu caráter imperativo, donde essa imperatividade é tomada por uma aceção bastante restrita e equívoca, pois sendo a norma primeiramente um juízo hipotético tem por consequência

⁴⁰ AZZARITI, op. cit., p. 98-99. “Nessuno può negare che nella Costituzione vi siano norme puramente *direttive*, le quali, secondo il significato della loro stessa denominazione, si limitano a indicare un indirizzo al legislatore futuro. Queste norme, in fondo, sotto um certo aspetto, non sono nemmeno vere e proprie norme giuridiche, perchè il programma che esse tracciano è destinato ad essere attuato dal legislatore, quando le circostanze ne offrano la possibilità; sicchè in definitiva, quantunque il valore ético e político di um impegno sai innegabile, tuttavia l’attuazione concreta è lasciata al legislatore futuro, che potrebbe anche non curarla affatto o solo in mínima parte, e che, in ogni caso, non violerebbe la Costituzione, se non lo facesse.”

⁴¹ PIOVESAN, 2003, p. 63.

⁴² AZZARITI, 1951, 103. “... 2º *norme preceptive*, le quali contengono veri e propri comandi giuridici di applicazione *diretta e immediata*; 3º *norme preceptive*, le quali contengono egualmente comandi giuridici di applicazione *diretta*, ma non *immediata*, perchè richiedono altre norme giuridiche integrative.”

⁴³ PIOVESAN, 2003, p. 63-64.

“descrever certos efeitos jurídicos que se prendem a determinadas espécies, de sorte que nesta sua função descritiva se dirige a todos, sem dirigir-se a ninguém em particular”. E Santi Romano, por sua vez, declara que o problema do destinatário constitucional é um “falso problema”, pois o ordenamento jurídico não tem destinatários.⁴⁴

Como resposta a posição de Azzaritti, Vezio Crisafulli refere-se à classificação da norma constitucional em imediatamente preceptiva como imprecisa e equivocada.⁴⁵ Além disso, referido autor procurou dar em suas obras uma divisão tricotômica do tema, tendo por objetivo trazer a ideia de que todas as normas constitucionais são preceptivas e que produzem alguma sorte de efeito, incluídas aí aquelas exclusivamente programáticas.⁴⁶ Embora essa doutrina tenha admitido um escalonamento da eficácia, a norma de menor eficácia era, ainda assim, produtora de efeitos jurídicos.⁴⁷

Crisafulli propõe a seguinte classificação: normas imediatamente preceptivas ou constitutivas, normas de eficácia diferida e normas programáticas.

As normas imediatamente preceptivas são, como contraposto às normas programáticas, aquelas que diretamente regulam relações entre cidadãos.⁴⁸

Diversamente das normas imediatamente preceptivas, as normas constitucionais diferidas⁴⁹ são aquelas que já trazem imediatamente definida e regulada pela Constituição a matéria que lhe serve de objeto, a qual depois será apenas efetivada na prática mediante os atos legislativos de aplicação. Isto é, para aplicarem a matéria a que diretamente se referem, as normas constitucionais diferidas precisam apenas de meios técnicos e

⁴⁴ BONAVIDES, 2006, p. 239.

⁴⁵ CRISAFULLI, 1952, p. 103. “E passiamo pure, dunque, alle norme <<programmatiche>> propriamente dette, che, in quanto tali, si suol distinguere dalle altre, dette, com terminologia imprecisa ed equivoca, <<immediatamente precettive>>.”

⁴⁶ CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952, p. 52. “1) riconoscimento della efficacia normativa anche delle disposizione esclusivamente programmatiche, le quali enunciano ver enorme giuridiche, che non perciò *precettive* non meno delle altre, sebbene rivolte originariamente e direttamente ai soli organi dello Stato, ed anzitutto com certezza, *almeno* agli organi legislativi; 2) riconoscimento, nell’ordinamento vigente, della natura propriamente obbligatoria del vincolo derivante dalle norme costituzionali programmatiche agli organi legislativi, come conseguenza della efficacia formale prevalente della loro fonte (La Costituzione) rispetto alle altre leggi, ordinarie;” Cf. também Id. “Efficacia delle Norme Costituzionali ‘Programmatiche’”. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 1, Milão, Giuffrè, janeiro/março de 1951, pp. 360-380.

⁴⁷ SANTOS, M. O. F. F., 1991, p. 19.

⁴⁸ CRISAFULLI, op. cit., p. 55. “I concetti sono tuttavia abbastanza chiari, al di sopra di ogni imprecisione ed incertezza di nomenclatura: in contrapposto alle norme programmatiche (che sono tuttavia anch’esse, a modo loro, *precettive*), le altri si diranno perciò immediatamente *precettive o direttamente precettive o costitutive*, por antonomasia, e l’intesa farà presto ad essere satabilita;”

⁴⁹ Ibid., p. 55. “egualmente sarà lecito raccogliere sotto la denominazione di *norme a efficacia differita* tutte quelle (anche non programmatiche) che, per l’un motivo o per l’altro, non bastano, da sole, a determinare una regolazione attuale, ossia immediatamente operativa, di situazioni e rapporti della vita reale.”

instrumentais. São normas que não se dirigem unicamente aos poderes do Estado, mas indistintamente, desde o primeiro momento, aos cidadãos e aos órgãos estatais e que só desdobram sua inteira eficácia através de meios instrumentais ou leis organizativas posteriores, capazes de permitir sua aplicabilidade às matérias de que diretamente se ocupam.

Por sua vez, as normas programáticas de Crisafulli, ao contrário das normas diretivas de Azzaritti, têm valor jurídico, ou seja, eficácia obrigatória e imediata sobre os comportamentos estatais, obrigando e vinculando o poder dos órgãos do Estado, isto é, são preceptivas e até mesmo imediatamente preceptivas. A partir desta perspectiva, a norma programática, tal como a norma preceptiva, é norma jurídico-constitucional, integrante de uma mesma e única ordem constitucional.⁵⁰

De forma sintética, expõe Flávia Piovesan acerca da importância da teoria de Vezio Crisafulli, nos seguintes termos:

a) reconhece a eficácia normativa das disposições constitucionais exclusivamente programáticas e b) reconhece a obrigatoriedade do vínculo que deriva de tais normas para os órgãos legislativos, como consequência da eficácia prevalente da Constituição.⁵¹

José Afonso da Silva, ao criticar essa classificação e terminologia, sustenta serem falsas e inaceitáveis, pela própria improcedência de suas premissas, já que se fundamentam na distinção entre as normas constitucionais jurídicas e não jurídicas. “Normas puramente diretivas não existem nas constituições contemporâneas”, afirma. Em sentido geral, sustenta, todas as normas jurídicas são dotadas de imperatividade, mesmo as permissivas. Para ele, as normas programáticas, tidas pela doutrina supramencionada como diretivas e ineficazes, “exercem relevante função na ordenação jurídica do país e têm efeitos jurídicos de suma importância, não se dirigindo só a legisladores, como não raro se afirma.”⁵²

Desenvolvendo a teoria de Crisafulli, o constitucionalista brasileiro apresentou, em 1969, tese para provimento da Cátedra de Direito Constitucional na Faculdade de Direito na Universidade de São Paulo⁵³, teoria tricotômica da eficácia. Em suas palavras:

⁵⁰ CRISAFULLI, 1952, p. 54.

⁵¹ PIOVESAN, 2003, p.64-65.

⁵² SILVA, J. A., 2008, p.81.

⁵³ Ibid., p. 267. Não se desconhece a sistematização de José Horácio Meirelles Teixeira, seguindo a formulação de Crisafulli, oferecida aos alunos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP em

Parece-nos necessário discriminar ainda mais, a fim de fazer-se uma separação de certas normas que preveem uma legislação futura mas não podem ser enquadradas de eficácia limitada. Em vez, pois, de dividir as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em dois grupos, achamos mais adequado considera-las sob tríplice característica, discriminando-as em três categorias: *I - normas constitucionais de eficácia plena; II - normas constitucionais de eficácia contida; III - normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.*⁵⁴

Esta teoria tem por ponto de partida o reconhecimento de que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, bem como pela rejeição das antigas classificações duais, como, por exemplo, a de Cooley.

A base dessa classificação, segundo Luís Virgílio Afonso da Silva, reside em duas importantes distinções: “(1) entre as normas que podem e as que não podem ser restringidas; e (2) entre as normas que necessitam e as que não necessitam de regulamentação ou desenvolvimento infraconstitucional”.⁵⁵

Na primeira categoria, ou seja, nas normas constitucionais de eficácia plena, estão incluídas todas as normas que produzem, ou têm a capacidade de produzir, todos os seus efeitos essenciais, desde a entrada em vigor da Constituição, todos os objetivos visados pelo constituinte, porque este criou “uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto.”⁵⁶

Manoel Gonçalves Ferreira Filho bem correlaciona essa primeira categoria de normas com as “normas exequíveis”, por independermos da “edição de preceitos que as desdobrem”, de modo que, independentemente da nomenclatura adotada, e, por isso, pertencem ao mesmo rol das normas *self-executing* de Cooley, das autoexecutáveis de Ruy Barbosa, da bastantes em si de Pontes de Miranda, “eficácia plena de Crisafulli, as de ‘eficácia plena’ e as de ‘eficácia contida’ de José Afonso da Silva”.⁵⁷

A segunda categoria – normas constitucionais de eficácia contida –, também são normas que incidem imediatamente e produzem ou podem produzir todos os efeitos, “mas

forma de apostilas, posteriormente publicada em seu *Curso de direito constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, em 1991, de organização de Maria Garcia.

⁵⁴ SILVA, J. A., op. cit., p. 82.

⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 209.

⁵⁶ SILVA, J. A., 2008, p. 82. Cf. também TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 317.

⁵⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aplicabilidade das normas constitucionais. In: *Antologia luso-brasileira de direito constitucional*. SARAIVA, Paulo Lopo (Coord.), Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica Ltda., 1992, p. 222-223.

preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias.”⁵⁸

Luís Virgílio Afonso da Silva aponta que a ideia de aplicabilidade imediata está presente não apenas no conceito de norma de eficácia plena, mas também no conceito de norma de eficácia contida.⁵⁹

Como crítica à classificação em estudo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho sustenta que a distinção feita por José Afonso da Silva entre “normas de eficácia plena” e “normas de eficácia contida” não separa duas espécies de normas quanto à eficácia, mas as divide em “subespécies em que está presente a plenitude da eficácia”.⁶⁰ Compartilha do mesmo ponto de vista Luís Virgílio Afonso da Silva, embora acredite tratar-se de crítica insuficiente para abalar a classificação proposta por José Afonso.⁶¹

As normas da terceira categoria, normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, ao contrário,

são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.⁶²

De se destacar, no entanto, que a norma de eficácia limitada, que “seria a versão moderna da ‘norma não auto-executável’, produz efeitos, tais como o efeito paralisador que esta norma detém relativamente à aprovação de leis que com ela conflitem, não permitir a recepção de normas jurídicas que agredam a nova ordem, dentre outros.”⁶³

As normas constitucionais de eficácia limitada são divididas em dois grupos: normas de princípio institutivo ou organizativo e normas de princípio programático.

As normas de princípio institutivo são aquelas que contêm “*o início ou esquema de determinado órgão, entidade ou instituição*”, deixando a efetiva criação, estruturação ou formação para a lei complementar ou ordinária”.⁶⁴ São as normas não programáticas dependentes de legislação. José Afonso da Silva deixa claro que tais normas são de

⁵⁸ SILVA, J. A., 2008, 317.

⁵⁹ SILVA, V. A., op. cit., p. 213.

⁶⁰ FERREIRA FILHO, 1992, p. 220.

⁶¹ SILVA, V. A., 2009, p. 222.

⁶² SILVA, J. A., 2008, p. 82-83.

⁶³ SANTOS, M. O. F. F., 1991, p.20.

⁶⁴ SILVA, J. A., op. cit., p. 119. (itálico no original)

eficácia limitada porque “é o legislador ordinário que lhes vai conferir executoriedade plena, mediante leis complementares ou ordinárias integrativas”, não sendo destituídas de aplicabilidade.⁶⁵ Tais normas contêm três traços característicos: (a) deixam larga margem ao poder discricionário do legislador; (b) indicam o conteúdo da lei; (c) ou deixam para o legislador ordinário (ou complementar) aspectos secundários.⁶⁶ São de natureza organizativa, tendo por função primordial esquematizar a organização, criação ou instituição de entidades ou órgãos. São definidas da seguinte forma:

*São, pois, normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário estruture em definitivo, mediante lei.*⁶⁷

Tais normas constitucionais de princípio institutivo, ou organizativo podem ser impositivas ou facultativas. Impositivas são aquelas que “determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa”.⁶⁸ Comumente o texto constitucional contem as seguintes fórmulas: *a lei disporá*; ou *a lei regulará*; ou *a lei disciplinará*. Facultativas ou permissivas são, por outro lado, aquelas que “não impõem uma obrigação; limitam-se a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineada”. Para estas a Constituição reserva a expressão *a lei poderá*.⁶⁹

José Afonso da Silva, ao tratar das condições gerais de eficácia das normas de princípio institutivo, sustenta que elas são de aplicabilidade imediata em relação à legislação anterior e futura que com elas deverão se conformar.⁷⁰

As normas constitucionais de princípio programático, ou meramente normas programáticas, são aquelas

*através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, judiciais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.*⁷¹

⁶⁵ SILVA, J. A., 2008, p. 122.

⁶⁶ Ibid., p. 123-124.

⁶⁷ Ibid., p. 126. (itálico no original)

⁶⁸ SILVA, J. A., 2008, p. 126.

⁶⁹ Ibid., p. 127.

⁷⁰ Ibid., p. 135.

⁷¹ Ibid., p. 138.

É proposta por José Afonso, ainda que exemplificativamente segundo os sujeitos mais diretamente vinculados, uma divisão entre as normas programáticas em três categorias: (a) normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade; (b) normas programáticas referidas aos Poderes Públicos, estas subdivididas em: (b.1.) vinculativas apenas dos Poderes da União; e, (b.2) vinculativas também dos órgãos estaduais e municipais; (c) normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social.

A partir dessa categorização, delineou as características básicas das normas de princípio programático. São elas:

I – São normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais, tais como: realização da justiça social e existência digna; valorização do trabalho; desenvolvimento econômico; assistência social, intervenção do Estado na ordem econômica, amparo à família; combate à ignorância; estímulo à cultura, à ciência e à tecnologia. II – São normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas, em princípio, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências. III– São normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhes constituem objeto específico e essencial, mas produzem importantes efeitos jurídicos.⁷²

Sintetizando e concluindo seu posicionamento, José Afonso da Silva, ao tratar das condições gerais de aplicabilidade das normas constitucionais programáticas, afirma a necessidade de emissão normativa futura pelo legislador ordinário (excluída a possibilidade de edição de lei complementar pela própria Constituição para normas programáticas) para integração da eficácia de tais normas, possibilitando sua aplicação plena. De mais a mais, são dotadas de um mínimo de eficácia e regem, até onde possam “situações, comportamentos e atividades na esfera de alcance do princípio ou esquema que contêm”, em especial ao condicionar as atividades dos órgãos públicos e criando situações jurídicas de vantagem ou vínculo. E, em conclusão:

as normas programáticas Têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos seguintes casos:

I- estabelecem um dever para o legislador ordinário; II- condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III- informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV- constituem sentido teleológico para a interpretação, integração das normas jurídicas; V- condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI- criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem⁷³

⁷² SILVA, J. A., 2008, p. 150-151.

⁷³ Ibid., p. 164.

Além de José Afonso da Silva e a partir da classificação por ele proposta, outros autores debruçaram-se sobre o estudo da eficácia das normas constitucionais e propuseram outras classificações, no decorrer dos anos, em complementação ou contraposição àquela. Dentre elas, destaca-se trabalho de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Britto⁷⁴, Luiz Pinto Ferreira⁷⁵, Maria Helena Diniz⁷⁶, Luís Roberto Barroso⁷⁷ e Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁸.

Bastos e Ayres de Britto oferecem classificação no intuito de inovar. Distinguem as normas constitucionais em dois grupos: (a) normas constitucionais quanto ao modo de incidência; e (b) normas constitucionais quanto à produção de efeitos. Quanto ao modo de incidência, podem se dar: (a.1.) por via de ação, subdividindo-se em normas regulamentáveis e normas não regulamentáveis; e, (a.2.) por via de integração, que também subdividem-se em normas complementáveis e normas restringíveis. Quanto à produção de efeitos são de duas ordens: (b.1.) normas de eficácia parcial – que podem ser complementáveis; e (b.2.) normas de eficácia plena, distinguindo-se em normas regulamentáveis e irregulamentáveis.⁷⁹ Separaram, os autores, a aplicabilidade da eficácia.

Pinto Ferreira propõe classificação que pouco se distingue daquela oferecida por José Afonso da Silva. Sugere classificação com a adição de uma quarta categoria: norma constitucional de eficácia absoluta, não emendável, com “força paralisante total” sobre as normas que com ela conflite. As demais categorias são: normas constitucionais de eficácia plena, estas constitucionalmente emendáveis; normas constitucionais de eficácia contida; normas constitucionais de eficácia limitada – como as programáticas.⁸⁰

Maria Helena Diniz, por sua vez, também oferece uma classificação quadripartite, inclusive com a previsão de norma de eficácia absoluta, que seria aquela contra a qual “nem mesmo há o poder de emendar”. Além da norma de eficácia absoluta, propõe as seguintes espécies de normas: eficácia plena, eficácia relativa restringível e eficácia relativa complementável ou dependente de complementação.⁸¹

⁷⁴ BASTOS; BRITTO, 1982.

⁷⁵ FERREIRA, Luiz Pinto. Eficácia (direito constitucional), in *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena, *Norma Constitucional e seus efeitos*, 7. ed., São Paulo, Saraiva, 2006.

⁷⁷ BARROSO, 2009a.

⁷⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁷⁹ BASTOS; BRITO, 1982, p. 63.

⁸⁰ FERREIRA, 1982, p. 162.

⁸¹ DINIZ. M. H., 2006, p. 98 et. seq.

Tanto Maria Helena Diniz quanto Pinto Ferreira apresentam “confusão entre a produção de efeitos das normas constitucionais e a possibilidade de mudança dos dispositivos” que veiculam essa quarta categoria.⁸²

Luís Roberto Barroso, ao tratar da aplicabilidade das normas constitucionais, confessa retomar o debate de onde José Afonso da Silva parara, alterando o foco da eficácia para a efetividade. Sustenta que a Constituição, ao instituir o Estado, organiza o exercício do poder político, define direitos fundamentais do povo, estabelece princípios e traça fins públicos a serem alcançados. Desse modo, para ele, as normas materialmente constitucionais podem agrupar-se em três categorias: (a) normas constitucionais de organização, que traçam a estrutura do Estado, cuidando, essencialmente, da repartição do poder político e da definição da competência dos órgãos públicos; (b) normas constitucionais definidoras de direitos, que geram direitos subjetivos; e, (c) normas constitucionais programáticas, as quais veiculam princípios desde logo observáveis, ou traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos.⁸³ Nota-se que, para esse autor, as normas programáticas não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigirem comportamentos comissivos.⁸⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, oferece uma classificação das normas constitucionais com a pretensão de ser mais operativa “*no concernente aos direitos argüíveis pelos administrados*”, sem qualquer intenção de substituir, desprestigiar ou depreciar os modelos apresentados por José Afonso da Silva e Celso Bastos e Ayres de Brito.⁸⁵ Distingue, assim, as normas constitucionais em três espécies: (a) normas de outorga de poderes jurídicos; (b) normas concessivas de um direito em sentido estrito; (c) normas que expressam uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público.⁸⁶

Dentre todas as teorias existentes, e algumas delas aqui elencadas, goza de ampla aceitação na jurisprudência, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, aquela oferecida por José Afonso da Silva, apesar das grandes contribuições de outros autores brasileiros.⁸⁷

⁸² SILVA, V. A., 2009, p. 216.

⁸³ BARROSO, 2009a, p. 87 et seq.

⁸⁴ BARROSO, *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 255.

⁸⁵ MELLO, 2009, p. 19-20. (itálico no original)

⁸⁶ Ibid., p. 22-24.

⁸⁷ Cf. STF, ADI 3569, TP, v.u., j. 02-04-2007, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 11-05-2007, p. 47; STF, ADI-MC 1.723, TP, v.u., j. 16-04-1998, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19-12-2001, p.4; STF, ADI-MC 1.590,

A classificação tricotômica de José Afonso da Silva, em “normas constitucionais de eficácia plena”, “normas constitucionais de eficácia contida” e “normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida” possui bastante utilidade para a compreensão da estrutura normativa constitucional e, em particular, em relação à delimitação e aplicação do mandado de injunção, previsto no art. 5º, inciso LXXI da Constituição Federal de 1988, objeto principal de análise do presente trabalho.

1.2. A omissão inconstitucional e suas modalidades

Por muito tempo a preocupação entre os juristas e aplicadores do Direito se concentrou apenas com o que há de concreto no mundo. Não se apercebiam do valor do estudo dos vazios, das omissões.⁸⁸ Esqueceram-se de que a realidade é composta pelo ser e pelo não ser. Ocuparam-se do dever ser, relegando as omissões, o vazio, o não ser, à solução pelo tempo.

O tempo passou, vem passando, e essa postergação de soluções culmina em insatisfações, injustiças, impedindo a realização e concretude de direitos, gerando total descrença das instituições e institutos jurídicos por parte dos cidadãos.

Ao realizar um estudo comparatista entre as constituições italiana, alemã e estadunidense, Karl Loewenstein aponta inúmeras disposições constitucionais que restaram sem aplicação em razão de inatividade do legislador ou omissões e reconhece aí “a desvalorização da Constituição escrita na democracia ocidental”.⁸⁹

Dentre os casos citados pelo autor, destaca-se a previsão pela Constituição de Weimar de uma lei para execução de seu art. 48, que fundamentou os decretos de exceção para o primeiro período do regime de Weimar e para a ditadura constitucional do gabinete, depois de 1930. Segundo Loewenstein, essa lei nunca foi promulgada pelo *Reichstag* e teve por consequência a ampliação das faculdades extraordinárias do *Reichspräsident* para

TP, v.u., j. 19-06-1997, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 15-08-1997, p. 37034; STF ADI-MC 906, TP, v.u., j. 10-02-1994, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 25-03-1994, p. 6011.

⁸⁸ Cf. ROSA, André Vicente Pires. *Las omisiones legislativas y su control constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1.

⁸⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1970, p. 222-226.

além da intenção original, convertendo-se no instrumento com o qual Hitler alcançou legalmente o poder e instituiu seu domínio autocrático.⁹⁰

Muitos são os exemplos dos efeitos perniciosos da omissão do Estado na regulamentação dos direitos constitucionalmente previstos. Assim, o direito de greve previsto na Constituição brasileira de 1946 como um direito dos trabalhadores não foi regulamentado até o advento da Constituição de 1967, ou seja, criou-se um direito em favor dos trabalhadores sem a criação de mecanismos efetivos que o tornasse exercitável.

Ainda no Brasil, o art. 106 da Constituição Federal de 1967, com redação da EC. n. 1/1969, estabelecia que o “regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada” seria estabelecido em “lei especial”, jamais editada, que deu ensejo à admissão de servidores a título precário.⁹¹

Quase dez anos se passaram para que na Itália o Tribunal Constitucional fosse instalado, de 1947 a 1956, em razão da falta de consenso entre os partidos para a nomeação dos juízes e do fato de que os “sucessivos gabinetes tinham interesse nas faculdades concedidas pelas leis fascistas, ostensivamente inconstitucionais e nulas”.⁹²

Ronaldo Poletti sustenta que de há muito se aponta para o fato da possível ineficácia das normas constitucionais, de modo a permanecerem mera proclamação solene ou demorarem considerável tempo para serem implantadas.

O fenômeno surgiu no Brasil, segundo Poletti, com a Constituição de 1934, por ter sido “analítica e programática em excesso”, afirmando que a ineficácia das normas constitucionais por inércia dos órgãos do Poder é “em grande parte atribuída ao idealismo de nossas Constituições, as quais longe estão de lograr um fundamento social na realidade do País.”⁹³ Agassiz Almeida Filho complementa ao constatar, sob uma perspectiva histórica, que: “À medida que a constituição foi construindo um arcabouço de um Estado cada vez mais intervencionista, a falta de concretização legislativa das normas que

⁹⁰ LOEWENSTEIN, 1970, p. 226. No original: “La Constitución de Weimar había previsto una ley de ejecución para el famoso artículo 48 que constituyó los fundamentos de los decretos de excepción para el primer período del régimen de Weimar, y para la dictadura <<constitucional>> Del gabinete, tras 1930. Esta ley no fue nunca promulgada por el *Reichstag* con la consecuencia de que las facultades extraordinarias del *Reichspräsident* fueron bastante más amplias que la intención original, convirtiéndose en el instrumento con cuya ayuda Hitler alcanzaría <<legalmente>> el poder y montaría su dominio autocrático.” (tradução nossa)

⁹¹ FERRAZ, 1986, p. 55.

⁹² POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle de constitucionalidade das Leis*. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 211.

⁹³ Ibid., p. 209-210.

estabeleciam os direitos sociais transformou-se na principal causa de inefetividade constitucional”.⁹⁴

Mas foi apenas em 1988 que se previu no “sistema confuso”⁹⁵ de controle de constitucionalidade brasileiro, um sistema de controle da omissão inconstitucional com a inscrição em seu texto de dois instrumentos: um sob influência da Constituição Portuguesa de 1976, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para “resolver, em sede abstrata, o grave problema da inatividade do poder público”,⁹⁶ e o outro, o mandado de injunção.

Esse novel sistema de controle, ainda em consolidação, comporta algumas questões em aberto, e, segundo Gilmar Mendes, “com certa margem de segurança, que elas hão de continuar sem uma resposta satisfatória ainda por algum tempo!”⁹⁷

A omissão inconstitucional pressupõe a “inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna, como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação”.⁹⁸

Pressupõe a omissão inconstitucional um não agir qualificado pela determinação constitucional de agir, podendo se dar no âmbito dos três Poderes, “pela inércia ilegítima em adotar-se uma providência”. Tal inércia pode ser: (i) normativa, (ii) político-administrativa ou (iii) judicial. Quanto às omissões de natureza político-administrativa, existem “remédios jurídicos variados, com destaque para o mandado de segurança e ação civil pública.” Relativamente às omissões judiciais, estas, por sua vez, “deverão encontrar reparação no sistema de recursos instituídos no direito processual, sendo sanadas no âmbito interno do Poder Judiciário.”⁹⁹

Desse modo, o tratamento constitucional da omissão inconstitucional refere-se às omissões normativas, “imputáveis tanto ao Legislativo, na edição de normas primárias,

⁹⁴ ALMEIDA FILHO, Agassiz. Controle de inconstitucionalidade por omissão em Portugal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 38, n. 152, out/dez., 2001, p. 118.

⁹⁵ BARROS, O nó górdio do sistema misto. In: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. TAVARES, André Ramos; ROTHNBURG; Walter Claudius (Org.). São Paulo: Atlas, 2001, p. 191; Id. O senado e o controle de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 1, jan-jun., 2003, pp. 163-180; Id. Inconstitucionalidade das Leis 9868/99 e 9882/99. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, n.2, jan. / jun. 2000, pp. 195-199.

⁹⁶ CUNHA JR., 2008, p. 559.

⁹⁷ MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, G. G.. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1179.

⁹⁸ MENDES, 2008a.

⁹⁹ BARROSO, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b, p. 249-250.

quanto ao Executivo, quando lhe toque expedir atos secundários de caráter geral, como regulamentos, instruções ou resoluções.”¹⁰⁰

Assim, a omissão capaz de fazer surgir uma inconstitucionalidade não se restringe à omissão legislativa, englobando também aquelas medidas de caráter administrativo, desde que de cunho normativo, e, ademais, que haja um dever constitucionalmente imposto, isto é, omissão que implique deixar de fazer algo “obrigatório, não simplesmente naturalística, entendida como um mero ‘não fazer’ algo.”¹⁰¹

O que seria esse dever constitucional de legislar? Estaria satisfeito pela formulação genérica contida no inciso II do art. 5º da Constituição?

A essas indagações, responde José Joaquim Gomes Canotilho¹⁰², para quem a omissão inconstitucional consiste em um não fazer normativamente qualificado, em “não fazer aquilo que se estava constitucionalmente obrigado”, obrigação essa decorrente de “imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito”, não bastando a referência ao “dever geral de legislar”.

Apresenta o autor distinção em que o “dever geral de legislar” se extrai das normas de competência, e a “imposição legislativa em sentido estrito” seria uma ordem de legislar, uma determinação de legislar específica, excluindo-se do controle da omissão as normas de natureza programática.

Clémerson Clève faz uma distinção entre lacunas técnicas (ou de legislação) e lacunas do ordenamento. Esta última é colmatada pelos métodos de integração do direito. A omissão inconstitucional tem como pressuposto, não a incompletude do ordenamento, mas a incompletude da norma no plano da eficácia jurídica.¹⁰³

Elival da Silva Ramos critica a exclusão proposta por Canotilho, embora aceite a dificuldade de se caracterizar a omissão inconstitucional de normas programáticas, senão vejamos:

A exclusão proposta, com o devido respeito, não merece acatamento. É certo que a vagueza e indeterminação típicas da linguagem empregada na redação de dispositivos programáticos dificulta sobremaneira a caracterização da omissão legislativa. Entretanto, se, a princípio, em face de tais normas-fim, dispõe o

¹⁰⁰ BARROSO, 2009b, p. 250.

¹⁰¹ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 74.

¹⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1033.

¹⁰³ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 221.

legislador de acentuada discricionariedade para executar o programa constitucional, diante do tempo decorrido, das circunstâncias concretas da atividade governativa e da estrutura econômica e social do País, pode-se admitir, perfeitamente, a possibilidade de se configurar uma omissão inconstitucional por demora na edição dos atos normativos necessários à implementação de normas programáticas, mesmo sabendo-se que a atividade normativa é apenas uma das atividades exigidas para a concretização dessas normas constitucionais.¹⁰⁴

Contrariamente, Barroso, seguindo orientação de Canotilho, sustenta que “em relação às normas programáticas, onde se prevê genericamente a atuação do Poder Público, mas sem especificar a conduta a ser adotada, não será possível, como regra, falar em omissão inconstitucional. Salvo, por certo, se a inércia inviabilizar providências ou prestações correspondentes ao mínimo existencial.”¹⁰⁵

Superada a discussão acerca do dever de legislar qualificado, resta-nos indagar: quando, então, estaria caracterizada a omissão?

Traduz-se o juízo da inconstitucionalidade por omissão, segundo Jorge Miranda¹⁰⁶, num “juízo sobre o tempo em que deveria ser produzida a lei: nenhuma omissão pode ser descrita em abstracto, mas somente em concreto, balizada entre determinados factos, estes de sinal positivo.” Esclarece o autor que raramente o texto constitucional fixa prazos para o legislador legislar, de modo que a constatação da omissão deve ser feita levando-se em consideração o tempo transcorrido e se o legislador teve condições de emitir a lei:

A ausência ou a insuficiência da norma legal não pode ser separada e cuja duração, maior ou menor, ou será pré-fixada – muito raramente – pela própria Constituição ou dependente da natureza das coisas (ou seja, da natureza da norma constitucional não exequível por si mesma confrontada com as situações da vida, inclusive a situação que, à sua margem, esteja por acção, o legislador ordinário a criar). Assim, o órgão de fiscalização, sem se substituir ao órgão legislativo, tem de medir e interpretar o tempo decorrido, esse tempo que fora dado ao órgão legislativo (competente) para emitir a lei; e terá de concluir pela omissão, sempre que, tudo ponderado, reconhecer que o legislador não só podia como devia ter emitido a norma legal, diante de determinadas circunstâncias ou situações em que se colocou ou foi colocado. Pois o significado último da inconstitucionalidade por omissão consiste no afastamento, por omissão, por parte do legislador ordinário, dos critérios e valores da norma constitucional não exequível; e esse afastamento só pode ser reconhecido no tempo em que um e outro se movam.

¹⁰⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*. Tese para inscrição em concurso de professor titular junto ao Departamento de Direito do Estado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005, p. 88-89.

¹⁰⁵ BARROSO, 2009b, p.34.

¹⁰⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996, t. 2, p. 521-2.

A omissão legislativa tanto pode ter caráter absoluto ou total, como pode ser parcial.¹⁰⁷

A omissão será total ou absoluta se o dever de legislar for integralmente descumprido. Há completa, total, inação por parte do órgão regulamentador. Porém, se tal órgão procura atender ao comando constitucional, mas o faz de forma insuficiente, incompleta, tem-se a omissão parcial.

Segundo Gilmar Mendes, a omissão parcial envolve a execução incompleta de um dever constitucional de legislar, que se manifesta em razão (i) do atendimento incompleto do estabelecido na norma constitucional, ou; (ii) do processo de mudança nas circunstâncias fático-jurídicas que venha a afetar a legitimidade da norma (inconstitucionalidade superveniente), ou, ainda; (iii) de concessão de benefício de forma incompatível com o princípio da igualdade (exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade).¹⁰⁸

A omissão parcial comporta uma segunda classificação, sendo subdividida em: relativas e absolutas. A omissão parcial será absoluta quando não for suficientemente satisfeito o dever de legislar. Será relativa quando houver descumprimento da cláusula geral de isonomia.¹⁰⁹ Neste caso, por haver uma conduta positiva, não há como se deixar de reconhecer uma “*relativa, mas inequívoca fungibilidade* entre a ação direta de inconstitucionalidade e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que os dois processos – o de controle de normas e o de controle da omissão – acabam por ter – formal e substancialmente – o mesmo objeto, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude.”¹¹⁰

Também não se descarta a possibilidade de impetração do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão para os casos de omissão parcial, uma vez que, estando impossibilitado o exercício de um direito constitucionalmente assegurado em razão de falta de norma, ou norma insuficiente ou inconstitucional, em última análise, é como se a norma não existisse, sendo equiparada à ausência de regulamentação.¹¹¹

¹⁰⁷ STF, MI 542-SP, TP, v.u., j. 29.08.2001, rel. Min. Celso de Mello, DJ 28.06.2002, p. 87.

¹⁰⁸ MENDES, 2008a.

¹⁰⁹ RAMOS, 2005, p. 91; CLÉVE, 1995, p. 223.

¹¹⁰ MENDES, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 3 ed. rev. e ampl. – São Paulo, 2007, p. 372.

¹¹¹ O assunto *Omissão* será retomado e aprofundado ao se estudar os pressupostos para impetração do mandado de injunção, no item 2.3. *Omissão normativa e mora*.

Reforça esse posicionamento a previsão do art. 12-B, I, da Lei n. 12.063 de 27 de outubro de 2009 – a qual acrescentou à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, estabelecendo a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ao disciplinar os requisitos da petição inicial, determinou a indicação da “omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa”.

Porém, essa não tem sido a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que entende ser incabível o mandado de injunção quando a norma invocada pelo texto constitucional existe, mesmo se for insuficientemente regulamentada a matéria constitucional¹¹², ou exigir determinada interpretação à lei infraconstitucional¹¹³ ou pretender alteração de ato normativo existente por “suposta” incompatibilidade com o texto constitucional¹¹⁴. Possivelmente haverá a revisitação desse posicionamento pelo STF, a fim de que se reveja e atualize sua atuação frente à nova legislação sobre a matéria.

Assim, os elementos para configuração de comportamento omissivo inconstitucional são: existência de uma norma constitucional de eficácia limitada impositiva de um dever específico de legislar ou editar ato administrativo-normativo; a não atuação do Poder ou órgão cuja incumbência lhe foi imposta pela Constituição; ultrapassagem de prazo previsto na norma constitucional ou de prazo razoável¹¹⁵ para adoção das providências necessárias.

¹¹² STF, AgRgMI 600, TP, v.u., j. 26-03-2003, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 09-05-2003, p. 45.

¹¹³ STF, AgRgMI 152, TP, v.u., j. 21-03-1990, rel. Min. Celio Borja, *DJ* 20-04-1990, p. 3047.

¹¹⁴ STF, AgRgMI 79, TP, m.v., j. 02-08-1990, rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* 24-03-1995, p. 6802; STF, AgRgMI 81, TP, v.u., j. 20-04-1990, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 25-05-1990, p. 4603.

¹¹⁵ O prazo razoável para configuração da omissão inconstitucional será objeto de estudo ao se tratar dos pressupostos para impetração do mandado de injunção, no item 2.3. *Omissão normativa e mora*.

2. O MANDADO DE INJUNÇÃO

2.1. Antecedentes

2.1.1. Direito Comparado

Embora inexista uniformidade entre os autores que relacionam o mandado de injunção a outros institutos estrangeiros, destacam-se na doutrina algumas correntes de pensamento. A primeira o vincula ao “writ of injunction” do Direito inglês e norte-americano, a segunda, à inconstitucionalidade por omissão do Direito português e a terceira, à “Verfassungsbveschwerde” do Direito alemão.

Uma primeira corrente doutrinária vincula o mandado de injunção brasileiro ao “writ of injunction” do Direito inglês e norte-americano.

Há, no direito norte-americano, diversos “writs”, “originários do direito inglês e com os mesmos nomes por ele adotados, destinados a controlar os atos ilegais e abusivos do Poder Público, com algumas diferenças no tocante às destinações e aos procedimentos adotados na Inglaterra e nos Estados Unidos”.¹¹⁶

A “injunction” inglesa e estadunidense, em um sentido geral, é toda e qualquer ordem permissiva ou proibitiva de um tribunal, mas em seu sentido jurídico aceito é uma ação ou ordem operada *in personam* pela qual, sob certos princípios de equidade¹¹⁷, à parte é determinada uma ação ou abstenção. A “injunction” também já foi definida como um *writ* moldado de acordo com as circunstancias do caso, ordenando uma ação entendida

¹¹⁶ REMÉDIO, José Antonio. Mandado de segurança individual e coletivo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29-30.

¹¹⁷ Equidade é utilizada como fundamento dos princípios de justiça para corrigir ou complementar a lei aplicada a circunstâncias particulares. Cf. GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. West Croup, 7th Edition, 2001, p.560. “Equity is that system of justice which has developed in administered by the High Court of Chancery in England in the exercise of its extraordinary jurisdiction. This definition is rather suggestive than precise; and invites inquiry rather than answer it. This must necessarily be so. Equity, in its technical and scinentifical legal sense, means neither natural justice nor even all that portion of natural justice which is susceptible of being judicially enforced. It has, when employed in the language of English law, a precise, definite and limited signification, and is used to denote a system of justice which was administered in a particular court – the nature and extent of which system cannot be defined in a single sentence, but can be understood and explained only by studying the history of that court, and the principles upon which it acts. In order to begin to understand what equity is, it is necessary to understand what the English High Court of Chancery was, and how it came to exercise what is known as its extraordinary jurisdiction. Every true definition of equity must, therefore, be, to a greater or less extent, a history. (Georg T. Bisphan, *The principles of equity* -1-2 (Joseph D. McCoy ed. 11th ed. 1931).”

como essencial para a justiça, ou restringindo um ato tido por contrário à equidade e boa consciência. É, portanto, uma providência outorgada com base num juízo de equidade, servindo, inclusive, para fazer cumprir a jurisdição de equidade da corte.¹¹⁸

A “injunction” pode ser impetrada por qualquer indivíduo que prove a iminência de considerável prejuízo como resultado de ato supostamente ilegal de uma autoridade pública.¹¹⁹

Este “writ” tem “por finalidade proibir entidade pública ou privada de praticar ato lesivo de direito líquido e certo do particular ou da Administração Pública”.¹²⁰

O “writ of injunction” consiste numa ordem para não fazer, tendo como finalidade proibir um ato que possa acarretar dano irreparável ao direito do autor, podendo adotar uma forma positiva (“mandatory”) ou negativa (“prohibitory”), bem como ser utilizado tanto contra a Administração como entre particulares.¹²¹

José Afonso da Silva assevera que o mandado de injunção “é um instituto que se originou na Inglaterra, no século XIV, como essencial remédio da ‘equity’”, tendo nascido “do juízo de equidade, ou seja, é um remédio outorgado mediante um juízo discricionário, quando falta norma legal (‘statutes’) regulando a espécie, e quando a ‘common law’ não oferece proteção suficiente”.¹²²

Para Regina Quaresma, o mandado de injunção tem como fonte o “writ of injunction” do direito inglês e norte-americano, sendo que suas origens remotas repousam

¹¹⁸ JOYCE, Howard C. *A Treatise on the Law Relating to Injunctions* §1, at 2-3- (1909) apud GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*. West Croup, 7th Edition, 2001, p. 788. “In a general sense, every order of a court which commands or forbids is an injunction; but in its accepted legal sense, an injunction is a judicial process or mandate operating *in personam* by which, upon certain established principles of equity, a party is required to do or refrain from doing a particular thing. An injunction has also been defined as a writ framed according to the circumstances of the case, commanding an act which the court regards as essential to justice, or restraining an act which it esteems contrary to equity and good conscience; as a remedial writ which courts issue for the purpose of enforcing their equity jurisdiction; as a writ issuing by the order and under the seal of a court of equity”. (tradução nossa)

¹¹⁹ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Mandado de segurança e controle jurisdicional*. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 19.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 21.

¹²¹ FERREIRA, *Teoria e prática do mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 145.

¹²² SILVA, J. A., Mandado de injunção. In.: *Mandado de injunção: estudos de direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord) São Paulo: Saraiva, 1990, p. 397.

no direito anglo-americano, “pois tudo indica que o Constituinte originário brasileiro transplantou para o direito interno um instituto baseado na equidade do direito”.¹²³

Diomar Ackel Filho afirma que o legislador constituinte brasileiro, ao criar o mandado de injunção, inspirou-se, sem dúvida, no direito americano, em particular no “writ of injunction”, que possui emprego bastante amplo, seja como provimento de natureza cautelar, seja como provimento definitivo, prestando o “writ” a corrigir um variegado de situações para as quais não se vislumbra outro remédio tão pronto e eficaz, dando entre nós, porém, características muito mais restritas e peculiares ao instituto.¹²⁴

Consoante Aricê Moacyr Amaral Santos, tanto a “injunction” norte-americana quanto o mandado de injunção “são remédios jurídicos erigidos pelo ordenamento normativo para solucionar pendências que envolvam casos de ‘vacuum legis’”.¹²⁵

Diversos são os autores, no entanto, que excluem qualquer relação substancial entre o mandado de injunção brasileiro e a “injunction” do direito inglês ou norte-americano. Dentre eles estão Hely Lopes Meirelles, Paulo Lopo Saraiva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Nelson Oscar de Souza, José Cretella Júnior, Ana Raquel Nogueira Vilela Leão, Celso Bastos.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, o mandado de injunção brasileiro não corresponde ao “writ” do direito inglês e norte-americano, a não ser na denominação dos institutos. Referida garantia teria objetivos ampliados em relação ao mandado de injunção.

(...) referida ação, no direito anglo-saxônico, tem objetivos muito mais amplos que no nosso, pois que, na Inglaterra e nos Estados Unidos, o ‘writ of injunction’ presta-se a solucionar questões de direito público e privado, sendo considerado um dos remédios extraordinários (‘extraordinary writs: mandamus, injunction ou prohibition, quo warranto’ e ‘certiorari’, oriundos da ‘common law’ e da ‘equity’).¹²⁶

Paulo Lopo Saraiva é incisivo ao afirmar que a escolha do adjetivo “injunção” é, além de “pleonástica”, um “acidente vocabular”, pois teria confirmado na Assessoria do Senado, quando dos trabalhos da Constituinte de 1987/1988, que a palavra “injunção”

¹²³ QUARESMA, Regina. O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 32.

¹²⁴ ACKEL FILHO, Diomar, *Writs constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, mandado de segurança, habeas data*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 102-103.

¹²⁵ SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 14.

¹²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*. 13. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 135-136.

surgiu por cópia pura e simples da nomenclatura do direito anglo-americano, “sem nenhuma cientificidade”. E vai além: “há muitos autores desavisados gastando ‘seu inglês’ com o mandado de injunção, quando, na verdade, a ação injuntiva brasileira nada tem de ligação com o *writ of injunction*. Nem na origem. Nem no conteúdo. Nem na forma. Nem no nome.”¹²⁷

Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera, também, que “não se consegue identificar no Direito comparado a fonte de inspiração do legislador constituinte, embora medidas com o mesmo nome possam ser encontradas, por exemplo, no Direito inglês e no Direito italiano”.¹²⁸

Nelson Oscar de Souza, embora aponte a similitude de denominações entre a “injunction” americana e o mandado de injunção brasileiro, afirma que os institutos não podem ser confundidos, uma vez que eles diferem nos pressupostos, no sentido e no objeto.¹²⁹

José Cretella Júnior também afirma que não existe qualquer relação entre o instituto da “injunction” do sistema da “common law” e o mandado de injunção brasileiro, a não ser no nome.¹³⁰

Segundo Ana Raquel Nogueira Vilela Leão, o conceito, a estrutura e as finalidades do instituto anglo-saxão não se compatibilizam com o mandado de injunção criado pelo legislador constituinte brasileiro em 1988.¹³¹

Para Celso Bastos, da mesma forma, o mandado de injunção brasileiro não possui relação com a “injunction” do direito americano.¹³²

Uma segunda corrente doutrinária assevera que o mandado de injunção brasileiro tem como origem a inconstitucionalidade por omissão do Direito Português.

Assim, Adhemar Ferreira Maciel afirma que o mandado de injunção, conforme afirmado por Virgílio Távora, senador que apresentou a criação do instituto quando dos

¹²⁷ SARAIVA, 1990, p.79-80.

¹²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 324.

¹²⁹ SOUZA, Nelson Oscar de. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 564.

¹³⁰ CRETILLA JR., José. *Os writs na constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, ação popular*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 100.

¹³¹ LEÃO, Ana Raquel Nogueira Vilela, Mandado de injunção e emenda constitucional nº 45/2004. *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 15, ago. 2005, p. 575.

¹³² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 250.

trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte brasileira, tem origem, ainda que indiretamente, na inconstitucionalidade por omissão existente em Portugal.¹³³

Diomar Ackel Filho, embora asseverando que o mandado de injunção possui inspiração no “writ of injunction” norte-americano, também afirma que a Constituição de Portugal pode ter exercido alguma influência na criação do dispositivo, uma vez que “naquela Carta consta norma atinente à inconstitucionalidade por omissão, que foi aproveitada pelo constituinte brasileiro ao cuidar da ação direta de inconstitucionalidade”, sendo que, “embora sem se referir expressamente à injunção, pois concerne a outro mecanismo, a norma do art. 283 da Constituição Portuguesa cogita da hipótese do não cumprimento dos direitos fundamentais por omissão das medidas legislativas necessárias à sua exequibilidade”. Na injunção, a causa que autoriza o “writ” é a mesma, “só que, diversamente do mecanismo da chamada inconstitucionalidade por omissão, a injunção enseja a qualquer cidadão o direito de exigir o cumprimento imediato do que dispõe a norma inscrita no texto constitucional que não foi regulamentada”.¹³⁴

Inúmeros outros autores sustentam que o mandado de injunção brasileiro possui inspiração na ação de inconstitucionalidade por omissão consagrada na Constituição portuguesa de 1973, entre os quais Carlos Mário da Silva Velloso,¹³⁵ Marcelo Duarte¹³⁶ e Paulo Lopo Saraiva.¹³⁷

Vários são os autores, todavia, que afastam qualquer relação substancial entre o mandado de injunção brasileiro e a ação de inconstitucionalidade por omissão do Direito português.

Carlos Augusto Alcântara Machado, destacando que os institutos possuem características próprias, afasta a identificação do mandado de injunção brasileiro com a ação de inconstitucionalidade por omissão do Direito português.¹³⁸

¹³³ MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. In.: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 370.

¹³⁴ ACKEL FILHO, 1988, p. 103.

¹³⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As novas garantias constitucionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 644, jun. 1989, p. 13.

¹³⁶ DUARTE, Marcelo. Mandado de injunção. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte: Nova Alvorada, v. 34, jul./ago 1990, p. 38.

¹³⁷ SARAIVA, 1990, p. 51. O autor chega a lamentar a opção pela palavra injunção nos seguintes termos: “É de se lamentar que, por erro de vernáculo tenhamos que aturar os analistas do direito anglo-saxônico, quando, de veras, o nosso mandado de injunção tem origem lusitana (inconstitucionalidade por omissão) e jamais imiscuir-se com qualquer instituto inglês, americano, alemão ou de outra nacionalidade que não a portuguesa. A teimosia e incultura constitucional conduzem, inevitavelmente, a esse tipo de despautério.” Ibid. p. 81.

¹³⁸ MACHADO, 2004, p.56-57.

Uma terceira corrente doutrinária sustenta que o mandado de injunção brasileiro tem como origem a “Verfassungsbeschwerde” do Direito alemão.

A “Verfassungsbeschwerde”, no dizer de Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, consiste numa “ação que pode ser utilizada por aqueles que aleguem ter sofrido violação, por parte do Poder Público, de um direito fundamental ou de um dos direitos incluídos nos artigos 20, seção 4, 33, 38 e 101 a 104 da Constituição Alemã”.¹³⁹

Em voto proferido pelo STF, quando do julgamento do MI-QO 107-DF, expressou-se o Min. Celso de Mello no sentido de que o instituto da “Verfassungsbeschwerde”, da República Federal da Alemanha, constitui “verdadeira ação constitucional utilizável quando o órgão ou autoridade pública, por ação ou omissão, violar os direitos fundamentais ou assemelhados previstos na Lei Fundamental de Bonn”.¹⁴⁰

Segundo Marcelo Duarte, por meio da “Verfassungsbeschwerde”, “o Tribunal Constitucional decide sobre a pretensão de ter sido o cidadão prejudicado pelo poder público em seus direitos fundamentais ou em direitos constitucionais expressamente indicados, desde que não haja meio processual ordinário de proteção”.¹⁴¹

A respeito da “Verfassungsbeschwerde”, manifestam-se Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci nos seguintes termos:¹⁴²

A experiência jurídica da República Federal da Alemanha, por sua vez, remodelou o ‘Verfassungsbeschwerde’, instituto de índole constitucional que enseja ao Poder Judiciário complementar o sistema de direitos e garantias instituído pela Lei Fundamental.

Com efeito, o § 32 do ‘Neunzehnte Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes’, de 29 de janeiro de 1969, que conferiu dignidade constitucional ao ‘Verfassungsbeschwerde’, dentre outras atribuições, outorga à Corte Constitucional Federal (‘Bundesverfassungsgericht’) o poder de regulamentar provisória e prontamente uma situação concreta que possa causar grave dano ao requerente.

Por esse meio processual, qualquer jurisdicionado (‘jedermann’: pessoa física, jurídica ou associação), sem quaisquer despesas, pode apresentar uma reclamação, ‘per saltum’, diretamente àquele tribunal, atinente à violação – ato ou omissão – dos próprios direitos fundamentais (‘Grundrechte’), por algum órgão público.

(...)

De acrescentar-se que a Corte, ao decidir o ‘Verfassungsbeschwerde’, conquanto de modo provisório ‘einstweilige Anordnung’, pode estabelecer os critérios a

¹³⁹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, *Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 34-36

¹⁴⁰ STF, MI-QO 107-DF, TP, v.u., j. 13.11.1989, rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.09.1990, p. 9782.

¹⁴¹ DUARTE, 1990.

¹⁴² TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Roberto. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 151-152.

serem adotados pela autoridade ofensora, a fim de que sua atitude ou omissão não mais afronte o texto constitucional.

Entre os autores que sustentam que a “Verfassungsbeschwerde” possui relação com o mandado de injunção brasileiro destaca-se Willis Santiago Guerra Filho, ao expressar que há certa similitude entre os institutos do mandado de injunção e da “Verfassungsbeschwerde”.¹⁴³

Luís Cesar Souza de Queiroz também visualiza certa semelhança entre o mandado de injunção brasileiro e a “Verfassungsbeschwerde” do Direito alemão.¹⁴⁴ Todavia, também são bastante variados os autores que não veem relação de origem entre o mandado de injunção e a “Verfassungsbeschwerde”.

Roberto Augusto Castellano Pfeiffer, da mesma forma, vê alguns aspectos que aproximam a “Verfassungsbeschwerde” do mandado de injunção brasileiro, embora também realce que os institutos possuem diversas distinções, do que se pode concluir que não se referem a institutos idênticos.¹⁴⁵

Carlos Augusto Alcântara Machado assevera que “o mandado de injunção e o instrumento processual do direito alemão são institutos com contornos próprios, singulares, apesar de serem remédios passíveis de utilização diante de situação de inércia legiferante”.¹⁴⁶

De nossa parte, entendemos que apesar de o instrumento alemão guardar alguma relação com o mandado de injunção brasileiro, em verdade, o recurso constitucional alemão é mais abrangente e seu exercício se dá exclusiva e diretamente no Tribunal Constitucional, tendo maior aproximação com os processos objetivos de controle de constitucionalidade.

Além das correntes doutrinárias citadas, há ainda autores que vislumbram relação de origem entre o mandado de injunção brasileiro e outros institutos estrangeiros.

¹⁴³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Anotações sobre institutos de direito processual constitucional no Brasil: mandado de segurança e mandado de injunção. *RPGE*, Fortaleza, 6(8):90-108, 1989, p. 104

¹⁴⁴ QUEIROZ, Luís Cesar Souza de, Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 23, abr./jun. 1998, p. 203.

¹⁴⁵ PFEIFFER, 1999, p. 34-36.

¹⁴⁶ MACHADO, 2004, p. 56.

Assim, Humberto Theodoro Júnior reconhece a existência de precedentes na utilização da expressão no direito italiano, francês e alemão.¹⁴⁷

Já Ulderico Pires dos Santos vislumbra a origem do mandado de injunção na “injonction” do Direito francês. Segundo o autor, a *injonction* é utilizada no direito administrativo francês como uma ordem dada por um juiz contra uma pessoa pública, podendo ser utilizada, ainda, no direito civil francês, consiste a *injonction*, nesse caso, numa ordem dada às partes e seus procuradores para provocar a pontualidade dos mesmos. No processo civil francês sua utilização se dá para cobrança de pequenos créditos civis e comerciais por meio de um processo simplificado.¹⁴⁸

Em sentido contrário, porém, assevera Carlos Augusto Alcântara Machado que a “ingiunzione” na Itália e a “injonction” na França possuem características próprias, sem relação com o mandado de injunção brasileiro.¹⁴⁹

Da mesma forma, Manoel Gonçalves Ferreira Filho não identifica qualquer relação entre o mandado de injunção e a “ingiunzione” do Direito italiano.¹⁵⁰

O Código de Processo Civil italiano trata da *ingiunzione* no Título I, Dos Procedimentos Sumários, Capítulo I, Do Procedimento de Injunção. Dispõe seu art. 633 das condições de admissibilidade deste procedimento para as demandas daqueles credores de determinada quantia de dinheiro, ou de coisa fungível, ou daqueles que detêm o direito de receber determinada coisa móvel.¹⁵¹

¹⁴⁷ THEODORO JR., Humberto. Mandado de injunção. In: *Mandado de injunção: estudos de direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). São Paulo: Saraiva, 1990, p. 423-430.

¹⁴⁸ SANTOS, Ulderico Pires. Mandado de injunção: estudos e considerações. São Paulo: Paumape, 1988, p. 31-32.

¹⁴⁹ MACHADO, op. cit., p. 142.

¹⁵⁰ FERREIRA FILHO, 2008, p. 324.

¹⁵¹ “Art. 633 Condizioni di ammissibilita' Su domanda di chi e' creditore di una somma liquida di danaro o di una determinata quantita' di cose fungibili, o di chi ha diritto alla consegna di una cosa mobile determinata, il giudice competente pronuncia ingiunzione di pagamento o di consegna: 1) se del diritto fatto valere si da' prova scritta; 2) se il credito riguarda onorari per prestazioni giudiziali o stragiudiziali o rimborso di spese fatte da avvocati, procuratori, cancellieri, ufficiali giudiziari o da chiunque altro ha prestato la sua opera in occasione di un processo; 3) se il credito riguarda onorari, diritti o rimborsi spettanti ai notai a norma della loro legge professionale, oppure ad altri esercenti una libera professione o arte, per la quale esiste una tariffa legalmente approvata. L'ingiunzione puo' essere pronunciata anche se il diritto dipende da una controprestazione o da una condizione, purché il ricorrente offra elementi atti a far presumere l'adempimento della controprestazione o l'avveramento della condizione. L'ingiunzione non puo' essere pronunciata se la notificazione all'intimato di cui all'art. 643 deve avvenire fuori della Repubblica.”

Tal dispositivo legal evidencia a semelhança da *ingiunzione* à ação monitória brasileira, prevista nos arts. 1.102-A e seguintes do Código de Processo Civil brasileiro, instituto diverso do mandado de injunção.¹⁵²

De acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro, “o mandado de injunção de outros países pode ter servido, quando muito, de inspiração, mas não como modelo seguido fielmente pelo constituinte brasileiro”.¹⁵³

Por fim, expressiva corrente doutrinária, com a qual concordamos, sustenta que o mandado de injunção é uma criação genuinamente brasileira, sem similar no Direito estrangeiro.

Assim, para Francisco Wildo Lacerda Dantas, o mandado de injunção é uma criação tipicamente brasileira, dotado de características únicas, embora com fontes próximas no direito alienígena.¹⁵⁴

O mandado de injunção, segundo Carlos Augusto Alcântara Machado, é um instrumento processual singular, que não se confunde com nenhum outro instrumento processual existente no Direito contemporâneo.¹⁵⁵

De acordo com Celso Bastos, o mandado de injunção é uma medida sem precedente no direito nacional ou alienígena.¹⁵⁶

Consoante Flávia Piovesan, inexistente instituto similar ao mandado de injunção no Direito Comparado.¹⁵⁷

Para Dirley da Cunha Júnior, “não obstante a proximidade do nosso mandado de injunção com a ‘equity’ do direito inglês, ou com a ‘injunction’ do direito norte-americano, ou com o ‘Verfassungsbeschwerde’ do direito alemão, é inegável que se cuida de uma criação brasileira, sem similar no direito comparado”.¹⁵⁸

Em resumo, como antes asseverado, a doutrina, controverte-se sobre a origem e criação do mandado de injunção, ora afirmando que seu surgimento está assentado em

¹⁵² No mesmo sentido: MACHADO, 2004, p. 54.

¹⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 632.

¹⁵⁴ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda, Mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 788, jun. 2001, p. 728.

¹⁵⁵ MACHADO, op. cit., p.142.

¹⁵⁶ BASTOS, 2001, p. 250.

¹⁵⁷ PIOVESAN, 2003, p. 178.

¹⁵⁸ CUNHA JR., 2008, p. 532.

diversos institutos alienígenas, ora dizendo-se que ele é uma criação genuinamente brasileira.

De nossa parte, porém, o mandado de injunção em nada se assemelha aos institutos de direito estrangeiro aqui estudados, sendo fruto da criação e originalidade brasileiras. Passa-se, na sequência, à análise da criação do instituto no Brasil.

2.1.2. Criação no Brasil

Objetivando possibilitar a efetivação de direitos consagrados na Constituição, mas que carecem de concretização por falta de regulamentação infraconstitucional, o Constituinte brasileiro de 1988 criou o mandado de injunção.

A compreensão do instituto passa necessariamente pela análise do processo constituinte que levou à sua criação.

Conforme se observa dos anais da Assembleia Nacional Constituinte, diversas foram as propostas apresentadas sobre o tema, todas com o objetivo de atribuir ao cidadão um mecanismo apto para assegurar a concretização de seus direitos constitucionalmente previstos e não passíveis de efetivação em razão da falta de norma regulamentadora a respeito.

O Senador Virgílio Távora, do PDS/CE, apresentou, em 27.03.1987, no início dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, a sugestão de Norma Constitucional nº 155-4, tratando do mandado de injunção, em que pleiteava a inclusão em capítulo referente aos Direitos e Garantias Constitucionais, nos seguintes termos:

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

Posteriormente, Ruy Bacelar, senador pelo PMDB/BA, destacando que não bastava mera enunciação de direito na Constituição, caso o Estado não fosse compelido a implementá-lo, propôs, em 03.04.1987, à Assembleia Nacional Constituinte, a Sugestão de Norma Constitucional nº 365-1, com os seguintes dizeres:

Os direitos conferidos por esta constituição e que dependam de lei ou de providências do Estado serão assegurados por Mandado de Injunção, no caso de omissão do Poder Público.

Parágrafo único: o mandado de injunção terá o mesmo rito processual do mandado de segurança.

Embora tendo sofrido alterações, as propostas, ao chegarem à Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, ainda na primeira fase dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, teve sua essência mantida no anteprojeto relatado pelo Deputado Darcy Pozza, do PDS/RS, nestes termos:

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 requerido em qualquer juízo ou tribunal, declaradas as regras de competência da lei processual.

O anteprojeto sofreu sensível alteração na Comissão Temática da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, dispondo em sua nova redação, no substitutivo do relator da Comissão, o Senador José Paulo Bisol, do PMDB/RS:

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 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.

A Comissão de Sistematização, na fase do Projeto de Constituição, mantendo a redação definitiva do mandado de injunção, reintroduziu a norma da competência para seu julgamento:

Art. 32. Parágrafo único. Qualquer juízo ou tribunal, observadas as regras da lei processual, é competente para conhecer, processar e julgar as garantias constitucionais”.

No Segundo Substitutivo da Comissão de Sistematização, o mandado de injunção constava com a seguinte redação:

Art. 5º, inciso 47. Conceder-se-á mandado de injunção, observando 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.

O texto final adotado pela Constituição Federal de 1988 em relação ao mandado de injunção possui a seguinte redação:

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

Percebe-se que o tratamento dado ao mandado de injunção nos trabalhos constituintes foi muito generoso, até chegar-se ao segundo substitutivo da Comissão de Sistematização.

2.2. Conceito

O mandado de injunção, como antes enfocado, não possui similar específico no direito estrangeiro, o que torna bastante tormentosa a busca de definição de seus contornos, já que inaplicável eventual experiência jurídica estrangeira sobre a matéria, uma vez que inexistente.

Em face de sua recente criação, tendo em vista ter sido incluído no ordenamento jurídico brasileiro somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e diante do fato de não possuir instituto semelhante no direito alienígena, a doutrina se controverte sobre o conceito do mandado de injunção.

José Afonso da Silva afirma que o mandado de injunção é “um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição”.¹⁵⁹

Para Hely Lopes Meirelles, o mandado de injunção “é o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.¹⁶⁰

De acordo com Sérgio Reginaldo Bacha, o “mandado de injunção é o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma

¹⁵⁹ SILVA, J. A., *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 448.

¹⁶⁰ MEIRELLES, 1998, p. 213.

regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.¹⁶¹

O mandado de injunção, conforme Alexandre de Moraes, é “uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal”.¹⁶²

André Ramos Tavares assevera que o mandado de injunção “é uma ação judicial, de berço constitucional, de natureza civil, com caráter especial, que objetiva combater a morosidade do Poder Público em sua função legislativa-regulamentadora, entendida em sentido amplo, para que se viabilize, assim, o exercício concreto de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionalmente previstos”.¹⁶³

No dizer de Ackel Filho, “a injunção, no direito brasileiro, é ação constitucional sumária especial, garantidora de direitos básicos, com aspectos símiles ao mandado de segurança, embora com caráter mais restrito, pois é subsidiário”.¹⁶⁴

Consoante Cretella Júnior, o mandado de injunção é “a ação civil de rito sumário mediante a qual todo aquele que tem direito subjetivo público, ou privado, pode exigir, em juízo, o exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à soberania e à cidadania, tornados inviáveis por ausência de norma regulamentadora”.¹⁶⁵

Segundo Randolpho Gomes, o mandado de injunção é “ação civil, de origem constitucional, de cognição, exercível por qualquer pessoa ou entidade em face de quem quer que obste o exercício de um direito emanado da constituição sob o pretexto ou fundamento de inexistência de norma que o regule”.¹⁶⁶

Francisco Antonio de Oliveira afirma que o mandado de injunção é “remédio constitucional mandamental colocado à disposição de pessoa física ou jurídica (de direito público ou privado) e figuras despersonalizadas (espólio etc.) com o objetivo de criar a

¹⁶¹ BACHA, Sérgio Reginaldo. Mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

¹⁶² MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 413.

¹⁶³ TAVARES, André Ramos, *Curso de direito constitucional*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 939.

¹⁶⁴ ACKEL FILHO, 1988, p. 104.

¹⁶⁵ CRETELLA JR., 1996, p. 100.

¹⁶⁶ GOMES, Randolpho. *Mandado de injunção*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1989, p. 26.

norma jurídica regulamentadora do direito do impetrante por intermédio do Estado-juiz para a satisfação do pedido”.¹⁶⁷

Para Irineu Strenger, o mandado de injunção é “o procedimento pelo qual se visa obter ordem judicial que determine a prática ou a abstenção de ato, tanto da Administração Pública, como do particular, por violação de direitos constitucionais, fundada na falta de norma regulamentadora”.¹⁶⁸

De acordo com Ivo Dantas, o mandado de injunção é uma garantia ou remédio constitucional, “através do qual se tenta obter o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, entendidos estes não apenas os que estão enumerados no art. 5º, mas, igualmente, os dos arts. 6º e 7º da Constituição, além de ‘outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’, conforme preceitua o § 2º do art. 5º”.¹⁶⁹

Paulo Lopo Saraiva conceitua o mandado de injunção como “o instrumento individual de exigência de regulamentação das normas que viabilizam o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.¹⁷⁰

O mandado de injunção, conforme Ulderico Pires dos Santos: “É ordem formal, cogente. Sua força é mandamental, imperativa e determinante no sentido de que alguém faça ou deixe de fazer alguma coisa por determinação da autoridade judiciária. É, pois, um ‘praeceptum de faciendo’ ou ‘praeceptum de non faciendo’ de ordem constitucional contra atos dos Poderes Legislativo e Executivo e até mesmo contra ato do Poder Judiciário”.¹⁷¹

Roque Carraza conceitua o mandado de injunção “como sendo o procedimento, previsto na Carta Suprema, pelo qual se visa obter ordem judicial que assegure, no caso concreto, o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando inviável, por falta de norma regulamentadora”.¹⁷²

¹⁶⁷ OLIVEIRA, F. A., *Mandado de injunção*: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas, jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 36.

¹⁶⁸ STRENGER, Irineu. *Mandado de injunção*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 15.

¹⁶⁹ CAVALCANTE, Francisco Ivo Dantas. *Mandado de injunção*. Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 67.

¹⁷⁰ SARAIVA, 1990, p. 86.

¹⁷¹ SANTOS, U.P., 1988.

¹⁷² CARRAZA, Roque Antonio. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, *Justitia*, São Paulo, jul./set. 1993, v. 163, p. 48.

Dirley da Cunha Jr. assevera que o mandado de injunção “constitui ação especial de controle concreto ou incidental de constitucionalidade das omissões do poder público, quando a inércia estatal inviabiliza o desfrute de algum direito fundamental”.¹⁷³

No dizer de Marcelo Figueiredo, o mandado de injunção “é a ação constitucional posta à disposição de qualquer pessoa física ou jurídica, apta à tutela de direito individual, coletivo ou difuso, toda vez que houver falta de regulamentação de direito infraconstitucional, que obstaculize sua fruição”.¹⁷⁴

Embora sejam muitos os conceitos doutrinários sobre o mandado de injunção, sua análise aponta para a existência de alguns elementos comuns entre os diversos conceitos, entre os quais, a identificação do instituto como ação constitucional, bem como a ocorrência de falta de norma infraconstitucional regulamentadora que venha a inviabilizar a fruição de direito assegurado pela Constituição.

É bem verdade que todos os conceitos doutrinários citados são úteis para a melhor apreensão dos contornos do mandado de injunção, mas nenhum deles é suficiente, por si, para a perfeita delimitação temporal e espacial do instituto, uma vez que ainda se encontra em contínua formação na doutrina e jurisprudência brasileiras.

A título de exemplo, embora não exista previsão específica expressa na Constituição Federal, o STF acabou firmando o entendimento no sentido que é admissível a impetração do mandado de injunção coletivo, pelas mesmas entidades que compõem o rol de legitimados para a impetração do mandado de segurança coletivo, por aplicação analógica do art. 5º, LXX, da CF,¹⁷⁵ verificando-se, no caso, a hipótese da legitimação extraordinária, sendo-lhe aplicável, inclusive, o princípio da indisponibilidade, que é inerente às ações constitucionais.¹⁷⁶

Sob nossa ótica, o mandado de injunção, que se inclui entre as garantias constitucionais, pode ser conceituado como uma ação constitucional, de natureza civil e rito especial, colocada à disposição de qualquer pessoa, física ou jurídica, inclusive entes despersonalizados dotados de capacidade processual, como meio de controle concreto ou incidental da inconstitucionalidade por omissão, objetivando a proteção de direitos

¹⁷³ CUNHA JR, 2008, p. 533.

¹⁷⁴ SANTOS, M.O.F.F., 1991, p. 36.

¹⁷⁵ STF, MI 361-RJ, TP, m.v., j. 8-4-1994, rel. Min. Néri da Silveira, DJ, 17 jun. 1994, p. 15707; STF, MI 20-DF, TP, m.v., j. 19-5-1994, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 22 nov. 1996, p. 45690; e STF, MI 472-DF, TP, v.u., j. 6-9-1995, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 2 mar. 2001, p. 3;

¹⁷⁶ STF, MI-QO 712-PA, TP, v.u., j. 15-10-2007, rel. Min. Eros Grau, DJ, 23 nov. 2007, p. 30.

individuais ou coletivos, sempre que a falta de norma infraconstitucional regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

2.3. Pressupostos

2.3.1. Identificação

O mandado de injunção encontra-se inscrito no rol de garantias constitucionais, inserido no Título II, Capítulo I, art. 5º, LXXI, da Constituição Federal com o seguinte teor: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Em face do texto constitucional, o mandado de injunção somente pode ser exercitado quando presentes determinados pressupostos.

Para Hely Lopes Meirelles, são pressupostos do mandado de injunção: “(a) a existência de um direito constitucional, relacionado às liberdades fundamentais, à nacionalidade, à soberania ou à cidadania; e (b) a falta de norma regulamentadora que impeça ou prejudique a fruição deste direito”.¹⁷⁷

Os requisitos do mandado de injunção, para Alexandre de Moraes, são: “falta de norma regulamentadora de uma previsão constitucional (omissão do Poder Público); *inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.*”¹⁷⁸

André Ramos Tavares aponta como condições constitucionais para o cabimento do mandado de injunção:¹⁷⁹

1ª) previsão de um direito pela Constituição; 2ª) necessidade de uma regulamentação que torne esse direito exercitável; 3ª) falta de norma que implemente tal regulamentação; 4ª) inviabilização referente aos direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, cidadania e soberania; 5ª) nexo de causalidade entre a omissão e a inviabilização.

¹⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 214-215.

¹⁷⁸ MORAES, 2003, p. 414. (destaque em itálico pelo autor)

¹⁷⁹ TAVARES, 2008, p. 940.

Segundo José Antonio Remédio, são pressupostos ou requisitos para a impetração do mandado de injunção:¹⁸⁰

- a) a existência de direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania;
- b) a falta de norma regulamentadora do direito ou liberdade constitucional, ou da prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania;
- c) a inviabilidade o exercício do direito ou liberdade constitucional, ou da prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania, em virtude da falta de norma regulamentadora.

Em conformidade com o STF, é pressuposto do mandado de injunção “a existência de um direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência da norma infraconstitucional reguladora”.¹⁸¹

A questão relativa ao “exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, prevista no art. 5º, LXXI da Magna Carta como pressuposto do mandado de injunção, será abordada em campo próprio do trabalho, referente à análise do objeto do instituto, especificamente no item “2.4. Objeto”.

2.3.2. Falta de norma regulamentadora

A “falta de norma regulamentadora” (que torna inviável “o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”), nos termos do art. 5º, LXXI, da CF, identifica-se como um dos pressupostos para a impetração da injunção.

Norma regulamentadora, segundo Luiz Flávio Gomes, é a “medida para tornar efetiva norma constitucional” (CF, art. 103, § 2º), incluindo, entre outras, as leis complementares, as leis ordinárias, os decretos, os regulamentos, as resoluções e as portarias.¹⁸²

¹⁸⁰ REMÉDIO, 2009, p. 603.

¹⁸¹ STF, AgRgMI 595-MA, TP, v.u., j. 17.03.1999, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 23.04.1999, p. 15.

¹⁸² GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 647, set. 1989, p. 40.

A expressão “norma regulamentadora” é referida pela Constituição em sentido amplo, de modo a abranger “todo e qualquer ato normativo que de alguma maneira obste a fruição do direito gizado nos termos do art. 5º. LXXI, CF/88.”¹⁸³

Para Dirley da Cunha Júnior, a expressão “norma regulamentadora” deve ser interpretada extensivamente, para abranger além dos atos legislativos, “toda e qualquer medida necessária para tornar efetiva norma constitucional”, fundamentando seu ponto de vista na dicção do § 2º do art. 103, da Constituição Federal, de modo que tal norma pode ter “natureza legislativa ou não (leis, regulamentos, decretos, portarias, instruções, resoluções, despachos administrativos e outros são legais e administrativos)”, mais ainda: ser “abstrata ou concreta, jurídica ou material, desde que sua ausência torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.¹⁸⁴

Consoante posicionamento do STF, o direito à legislação faltante só pode ser invocado quando previsto um dever de editar normas simultaneamente ao preceito constitucional que lastreia o exercício do direito obstaculizado. Nestes termos:

O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir - simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional - a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público. Para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o consequente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, ausente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, não se tornará possível imputar comportamento moroso ao Estado, nem pretender acesso legítimo à via injuncional.¹⁸⁵

A expressão “norma regulamentadora”, para nós, deve ter a mais ampla interpretação, não se restringindo apenas às espécies normativas. A via injuncional é cabível sempre que um direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania tenha seu exercício inviabilizado por ausência de qualquer medida que torne inefetiva norma constitucional.

¹⁸³ OLIVEIRA, F. A., 2004, p. 51.

¹⁸⁴ CUNHA JR, 2008, p. 533. No mesmo sentido, no tocante à amplitude das espécies de normas para efeito de impetração da injunção: MACHADO, 2004, p. 142; CLÉVE, 1995, p. 249; BARROSO, 2009a, p. 255; e PFEIFFER, 1999, p. 78.

¹⁸⁵ STF, MI 542-SP, TP, v.u., j. 29.08.2001, rel. Min. Celso de Mello, DJ 28.06.2002, p. 87.

2.3.3. Omissão normativa e mora

A omissão normativa e a mora também são requisitos necessários para a impetração do mandado de injunção.

O desrespeito à Constituição, de acordo com o STF, pode se dar tanto por uma conduta positiva quanto negativa. Quando positiva, ou seja, na oportunidade de o Estado vir “a fazer o que o estatuto constitucional não lhe permite”, ou quando vier a “editar normas em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a Constituição. Essa conduta estatal, que importa em um ‘facere’ (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação”. Porém, se o Estado, não adotar as medidas necessárias “à realização concreta dos preceitos da Constituição, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional”. A isso a Corte Suprema denominou “non facere” ou “non praestare”, a partir do qual resulta a inconstitucionalidade por omissão, “que pode ser total (quando é nenhuma a providência adotada) ou parcial (quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público)”.¹⁸⁶

A abstenção do Poder Público, ainda consoante o STF, de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar imposto em cláusula constitucional – de caráter mandatório – “infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional”¹⁸⁷. A inércia estatal em concretizar as imposições constitucionais “traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado”, pois “nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente,” ou, pior: “apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos”.¹⁸⁸

¹⁸⁶ STF, MI 542-SP, TP, v.u., j. 29.08.2001, rel. Min. Celso de Mello, DJ 28.06.2002, p. 87.

¹⁸⁷ STF, ADI 1.484-DF, j. 21.08.2001, rel. Min. Celso de Mello, DJ 28.08.2001.

¹⁸⁸ STF, MI 542-SP, TP, v.u., j. 29.08.2001, rel. Min. Celso de Mello, DJ 28.06.2002, p. 87.

O referido desprestígio da Constituição por inércia de órgãos constituídos “representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional da Lei Fundamental da República” e ao mesmo tempo estimula “gravemente a erosão da consciência constitucional, evidencia o inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelos poderes do Estado”.¹⁸⁹

De se destacar que a mora, no mandado de injunção, constitui um pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa.¹⁹⁰

Conforme referência de José Antonio Remédio, quando a própria norma constitucional fixa o prazo para a edição da norma regulamentadora, a omissão ocorre no momento em que escoar o lapso temporal fixado, sendo que, nos demais casos, a mora deve ser identificada através da aplicação de um juízo de razoabilidade, utilizável em relação a cada caso concreto considerado.¹⁹¹

Por outro lado, quando a norma constitucional não fixa prazo para sua regulamentação, “configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários”.¹⁹²

Uma vez superado o prazo razoável para regulamentação da norma constitucional, “nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar”.¹⁹³

Este prazo razoável a que se refere o STF, para que se o tenha por superado e reconhecer-se a mora, é de ser verificado caso a caso, considerando-se o “tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria”.¹⁹⁴

¹⁸⁹ STF, MI 472-DF, TP, m.v., j. 6-9-1995, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 2 mar. 2001, p. 3. Posição repetida pelo relator em decisão monocrática no MI 715 – DF: Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/mandadoinjuncao.pdf>. Acesso em 20.11.2008.

¹⁹⁰ STF, MI 361-RJ, TP, m.v., j. 8-4-1994, rel. p/acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 17 jun. 1994, p. 15707.

¹⁹¹ REMÉDIO, 2009, p. 608.

¹⁹² STF, MI 20-DF, TP, m.v., j. 19-5-1994, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 22 nov. 1996, p. 45690.

¹⁹³ STF, MI 361-RJ, TP, m.v., j. 8-4-1994, rel. p/acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 17 jun. 1994, p. 15707.

¹⁹⁴ STF, MI 361-RJ, TP, m.v., j. 8-4-1994, rel. p/acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 17 jun. 1994, p. 15707.

Relativamente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o STF tem considerado, diversamente, que, uma vez desencadeado o processo legislativo, não há que se cogitar de omissão inconstitucional do legislador.¹⁹⁵

Todavia, ao julgar a ADI 3.682-MT, relacionada com a mora do Congresso Nacional em elaborar a lei complementar a que se refere o § 4º do art. 18 da Constituição Federal, na redação dada pela EC 15/1996 (relativo à criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios), decidiu o STF que, apesar dos vários projetos de lei complementar apresentados e discutidos no âmbito das Casas legislativas a respeito da matéria, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência, omissão passível de vir a ser reputada inconstitucional, caso os órgãos legislativos não venham a deliberar dentro de um prazo razoável, de dezoito meses, sobre o projeto de lei em tramitação.^{196 197}

No caminhar do delineamento do instituto do mandado de injunção, assentou o Supremo Tribunal Federal o entendimento no sentido de que "a mera superação dos prazos constitucionalmente assinalados é bastante para qualificar, como omissão juridicamente relevante, a inércia estatal, apta a ensejar, como ordinário efeito consequencial, o reconhecimento, 'hic et nunc', de uma situação de inatividade inconstitucional"¹⁹⁸, fato também constatado em decisão monocrática proferida no MI 715-DF, em que manifestou-se o Min. Celso de Mello.¹⁹⁹

¹⁹⁵ STF, ADI 2495, rel. Ilmar Galvão, j. 02.05.2005, DJ 02.08.2002.

¹⁹⁶ STF, ADI 3682-MT, TP, m.v., j. 09.05.2007, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06.09.2007, p. 37.

¹⁹⁷ Em 12 de setembro de 1996 é aprovada a EC n. 15 que introduziu significantes alterações ao texto do §4º do art. 18, da CF, impondo novos requisitos para criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios. Dentre tais requisitos há a necessidade de edição, pelo Congresso Nacional, de lei complementar com a fixação de prazo para tal procedimento de delimitação territorial de Municípios. Diante da inércia do Congresso, a Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso propôs ação direta de inconstitucionalidade por omissão, julgada em 9 de maio de 2007 e o STF, por unanimidade, julgou procedente ação para reconhecer a mora do Congresso Nacional, e, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 (dezoito) meses para que este adotasse todas as providências legislativas ao cumprimento da norma constitucional imposta pelo dispositivo em comento. Diante desse quadro, o Congresso Nacional editou a EC. n. 57, em 18 de dezembro de 2008, convalidando os municípios criados, incorporados, etc, até 31 de dezembro de 2006.

¹⁹⁸ STF, MI 562-RS, TP, m.v., j. 20.02.2003, rel. p/acórdão Min. Ellen Gracie, DJ 20.06.2003, p. 58.

¹⁹⁹ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/mandadoinjunciao.pdf>. Acesso em 10.11.2008.

A simples tramitação de projeto de lei no sentido de se regulamentar dispositivo constitucional ainda não regulamentado não é capaz de elidir a mora legislativa, inexistindo dúvida, no caso, de que esta ocorra.²⁰⁰

Em síntese, a aferição da omissão e mora se dá ou pela superação do prazo fixado pela própria constituição para regulamentação do direito, liberdade ou prerrogativa, ou, na ausência desta previsão temporal, por um juízo de razoabilidade consubstanciado na análise casuística da relevância da matéria e a superação do prazo razoável para edição do ato legislativo necessário à efetividade da norma constitucional.

2.3.4. Restrições à impetração

A doutrina e a jurisprudência não são uníssonas a respeito das restrições incidentes em relação à impetração do mandado de injunção.

Um dos pontos controvertidos está relacionado com a delimitação da inconstitucionalidade da norma regulamentadora.

Para Dirley da Cunha Júnior, a inconstitucionalidade da norma regulamentadora equipara-se à falta da norma regulamentadora.²⁰¹

No entanto, ao decidir mandado de injunção para tornar efetivo o exercício da imunidade das contribuições sociais prevista no art. 195, § 7.º da Constituição Federal, sob alegação de falta de norma regulamentadora do dispositivo, decorrente de suposta inconstitucionalidade formal da legislação ordinária disciplinadora da matéria, entendeu o STF que não é cabível a impetração.²⁰²

Da mesma forma, apreciando questão relativa à imunidade das contribuições sociais prevista no art. 195, § 7º da Constituição Federal, em que se arguia inconstitucionalidade das restrições impostas à imunidade por dispositivos da Lei 9.732/98, manifestou-se o Pleno do STF no sentido de que o mandado de injunção,

²⁰⁰ STF, MI 323-DF, TP, m.v., j. 08.04.1994, rel. Min. Moreira Alves, DJ 09.12.1994, p. 34080; e STF, MI 584-SP, TP, rel. Min. Moreira Alves, DJ 22.02.2002, p. 36.

²⁰¹ CUNHA JR, 2008, p. 536

²⁰² STF, MI 605-RJ, TP, v.u., rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 28.09.2001, p. 38.

não se prestando sequer para suprir, no caso concreto, a omissão absoluta do legislador - tal a modéstia de suas dimensões, conforme demarcadas pelo STF, e que o Congresso vem de negar-se a ampliar - menos ainda se prestaria o malfadado instrumento do mandado de injunção a remediar os vícios de inconstitucionalidade que possa ostentar a lei editada para implementar a Constituição.²⁰³

Em outra oportunidade, julgando matéria referente à isenção de contribuição das entidades beneficentes de assistência social para a seguridade social (art. 195, § 7º da Constituição Federal), decidiu o STF ser inadmissível o *writ* em estudo “para tornar viável o exercício desse direito, por não se tratar da falta de norma regulamentadora, mas da arguição de inconstitucionalidade de normas já existentes”, assim, a causa de pedir é “incompatível com o uso do instrumento processual previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição”.²⁰⁴

Outro ponto controverso refere-se à questão de se saber se a edição de norma regulamentar incompleta ou insatisfatória daria ensejo à impetração da injunção.

Segundo Dirley da Cunha Júnior, a incompletude da norma regulamentar que inviabilize o exercício de algum direito fundamental, ou mesmo a providência incompleta ou insatisfatória do poder público “dá ensanchas à propositura da referida ação, a fim de que seja suprida a parte omitida (v. g., a propositura da ação visando à extensão de um benefício legal concedido somente a uma parcela da mesma categoria)”.²⁰⁵ Contudo, decidiu o STF que a norma regulamentar considerada insatisfatória pelo impetrante não possibilita a impetração do mandado de injunção.²⁰⁶

Também tem entendido o STF que o mandado de injunção não é meio hábil para alterar lei existente.

A edição de norma posterior à impetração, suprimindo a omissão legislativa, torna prejudicado o pedido do mandado de injunção. Conforme aponta José Antonio Remédio,²⁰⁷ tal orientação tem sido adotada pelo STF, verificando-se “nos julgamentos dos mandados de injunção relativos ao direito previsto no art. 202, I, da CF, regulamentado pela Lei 8.213/91²⁰⁸, ao direito contemplado no art. 202, § 2º, da CF, regulamentado pela Lei

²⁰³ STF, MI-QO 608-DF, TP, v.u., j. 01.06.2000, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 25.08.2000, p. 60.

²⁰⁴ STF, MI-AgRg 609-RJ, TP, v.u., j. 01.06.2000, rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 22.09.2000, p. 70.

²⁰⁵ CUNHA JR, 2008, p. 536.

²⁰⁶ STF, AgRgMI 600-BA, TP, v.u., j. 26-3-2003, rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 9 maio 2003, p. 45.

²⁰⁷ REMÉDIO, 2009, p. 606.

²⁰⁸ STF, MI 183-RS, TP, v.u., j. 30-10-1991, rel. Min. Moreira Alves, DJ, 8 fev. 1991, p. 2169.

9.796/99²⁰⁹, ao direito previsto no art. 37, X, da CF, regulamentado pela Lei 10.331/01²¹⁰, e ao direito contemplado no art. 7º, XI, da CF, disciplinado através da edição de Medida Provisória.²¹¹”.

A revogação superveniente do dispositivo constitucional não regulamentado não implica na perda do objeto do mandado de injunção. Tal posicionamento foi adotado pelo STF em relação ao art. 153, § 2º, da CF, dispositivo esse posteriormente revogado pelo art. 17 da EC 20/98.²¹²

Também decidiu o STF que “texto constitucional não se regulamenta originariamente por ato administrativo normativo, mas, sim, por lei, ou ato normativo a esta equivalente”.²¹³

Questão também interessante está relacionada ao cabimento de mandado de injunção em relação às normas autoaplicáveis e às normas de eficácia plena.

Para o mandado de injunção só é cabível quando o dispositivo constitucional, por não ser autoaplicável, exige regulamentação, sendo “certo que essa regulamentação pode não exaurir-se com a lei regulamentadora, por exigir esta decreto que, por sua vez, a regulamente, e até, as vezes, por necessitar o decreto regulamentador da lei, que regulamenta o dispositivo constitucional, de ato normativo por parte da administração que o torne exequível”. Nesse caso, “que pressupõe sempre a existência de lei que visa a aplicabilidade do texto constitucional, o mandado de injunção será cabível, por ter sido insuficiente a regulamentação feita pela lei”.²¹⁴

Ainda de acordo com o STF, não é cabível o mandado de injunção para alcançar o exercício de direito decorrente de norma constitucional de eficácia plena. Assim, apreciando questão relativa à anistia prevista no art. 8º do ADCT, decidiu o STF que, “à exceção do preceito do § 3º, o teor do artigo 8º do Ato das Disposições Transitórias da Lei

²⁰⁹ STF, MI 475-SP, TP, v.u., j. 17-4-2002, rel. Min. Néri da Silveira, DJ, 28 jun. 2002, p. 88.

²¹⁰ STF, AgRgMI 634-DF, TP, v.u., j. 26-10-2005, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 25 nov. 2005, p. 6; STF, AgRgMI 698-DF, TP, v.u., j. 31-5-2006, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ, 23 jun. 2006, p. 4.

²¹¹ STF, MI 102-PE, TP, m.v., j. 12-02-1998, rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 25 out. 2002, p. 25.

²¹² STF, AgRgMI 646-DF, TP, v.u., j. 4-8-2005, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 26 ago. 2005, p. 6.

²¹³ STF, AgRgMI 304-DF, TP, v.u., j. 17.06.1993, rel. Min. Moreira Alves, DJ 13.08.1993, p. 15675. STF, MI-AgRg 304-DF, TP, v.u., j. 17.06.1993, rel. Min. Moreira Alves, DJ 13.08.1993, p. 15675

²¹⁴ STF, MI-AgRg 304-DF, TP, v.u., j. 17.06.1993, rel. Min. Moreira Alves, DJ 13.08.1993, p. 15675.

Fundamental veio à baila com eficácia plena, sendo imprópria a impetração de mandado de injunção para alcançar-se o exercício de direito dele decorrente”.²¹⁵

Por fim, de se observar que o STF, ao julgar o MI 114-SP, não estar configurada a mora do Congresso Nacional na elaboração da lei complementar prevista no art. 7º, I da CF, “porquanto suprida, embora provisoriamente, pelo próprio Legislador Constituinte, no art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não se achando, então, inviabilizado o exercício do direito reclamado”.²¹⁶

2.4. Objeto

O mandado de injunção, instituído pelo inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal, tem como objeto assegurar “o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, quando inviabilizados em razão da falta de norma regulamentadora.

Elaine Harzheim Macedo ao tratar dos limites ao objeto do mandado de injunção reconhece que o Constituinte de 1987/1988 “estabeleceu duas categorias, sinalizando a diferenciação entre ambas: os direitos e liberdade constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”²¹⁷

Analisar-se-á, primeiramente, a categoria relativa às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, para só então debruçarmo-nos no estudo e polêmica acerca dos “direitos e liberdades constitucionais”, enquanto objeto do mandado de injunção, e suas respectivas correntes de pensamento.

Nacionalidade, no dizer de Pontes de Miranda, é “o vínculo jurídico-político de Direito Público interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado”.²¹⁸

Para Ferreira Filho, compreende-se por nacionalidade o “status” do indivíduo em face do Estado.²¹⁹

²¹⁵ STF, MI 626-SP, TP, v.u., j. 14.03.2001, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 18.06.2001, p. 3

²¹⁶ STF, MI 114-SP, TP, v.u., j. 04.04.1991, rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 19.02.1993, p. 2030. No mesmo sentido: STF, MI 278-MG, TP, m.v., j. 03.10.2001, rel. p/acórdão Min. Ellen Gracie, DJ 14.12.2001, p. 28.

²¹⁷ MACEDO, Eliana Harzheim. O meio ambiente e a efetividade da tutela judicial em sede de mandado de injunção e outras ações constitucionais. *Ajuris* n. 97, março de 2005, p. 81.

²¹⁸ MIRANDA, 1972, p. 352.

A cidadania, por sua vez, “qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política”.²²⁰ Enquanto a nacionalidade corresponde ao “vínculo ao território estatal por nascimento ou naturalização”, a cidadania “é um ‘status’ ligado ao regime político”.²²¹

O termo cidadão é utilizado para “designar quem conta com direito a intervir no processo governamental, seja num regime democrático, seja num regime oligárquico”.²²²

De acordo com José Afonso da Silva, “cidadão, no direito brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas conseqüências”, enquanto nacionalidade possui conceito mais amplo do que cidadania, sendo pressuposto desta, uma vez que só o titular da nacionalidade brasileira pode ser cidadão.²²³

Os direitos de cidadania, ou direitos políticos, resumem o conjunto de direitos que regulam a forma de intervenção popular no governo ou, noutros termos, são os direitos “formados pelo conjunto de preceitos constitucionais que proporcionam ao cidadão sua participação na vida pública do País, realizando, em última análise, o disposto no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal”.²²⁴

É bem verdade que, com a internacionalização dos direitos humanos irradiada com a Declaração dos Direitos do Homem de 1948, a cidadania passou a ter um conteúdo mais amplo, como “direito a ter direitos”.²²⁵

A soberania, embora possua conceito definido desde o século XVI, ainda constitui um tema bastante polêmico entre os estudiosos do Estado, uma vez que o termo pode ser utilizado em vários sentidos.

A soberania, segundo Miguel Reale, é “o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência”.²²⁶

²¹⁹ FERREIRA FILHO, 2008, p. 111

²²⁰ SILVA, J. A., 2009, 346.

²²¹ Ibid., p. 345.

²²² FERREIRA FILHO, op. cit., p. 115-116

²²³ SILVA, J. A., 2009, p. 346.

²²⁴ ARAUJO; NUNES JR, 2009, p. 240.

²²⁵ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. 2. ed. São Paulo: Cia das Letras, 1989, p. 331.

²²⁶ REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 2. ed. São Paulo: Ed. Martins, 1960, p. 127.

No tocante às características, destaca Dalmo de Abreu Dallari que praticamente a totalidade dos estudiosos reconhece a soberania, em seu sentido clássico, una (no sentido de não se admitir em um mesmo Estado a convivência de duas soberanias), indivisível (por se aplicar à universalidade dos fatos ocorridos no âmbito do Estado), inalienável (uma vez que aquele que a detém desaparece quando ficar sem ela, seja o povo, a nação ou o Estado) e imprescritível (tendo em vista que não seria verdadeiramente superior se tivesse prazo certo de duração).²²⁷

Atualmente, no entanto, tem-se verificado certa flexibilização do clássico conceito da soberania estatal, perdendo seu caráter absoluto, de forma a aproximar os Estados em diversas questões que lhes são comuns, característica evidenciada principalmente em relação ao Direito Internacional Público.

Consoante Jorge Miranda, a soberania, na atualidade, implica em garantia de igualdade entre os Estados, uns em relação aos outros, e não em que os Estados excluam qualquer poder proveniente da ordem jurídica internacional.²²⁸

No entanto, de acordo com o STF, quando a Constituição Federal se refere à soberania como objeto do mandado de injunção, está a considerar a soberania popular, nos termos do art. 14 da Magna Carta, e não à soberania estatal.²²⁹

Embora inscrito no texto constitucional há mais de vinte anos, ainda não existe uniformidade doutrinária em relação à delimitação do objeto do mandado de injunção, especificamente em relação à segunda categoria – relativa aos “direitos e liberdades constitucionais” – que, diante da polêmica gerada em torno de sua interpretação, passa-se a estudar mais detalhadamente. Várias são as correntes doutrinárias existentes a respeito, podendo elas serem subdivididas em restritiva, intermediária, ampla e amplíssima.

2.4.1. Corrente restritiva

Uma primeira corrente, na qual se inclui Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que alguns denominam de restritiva, visualiza o objeto do mandado de injunção de forma limitada ou restrita, relacionando-o ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais,

²²⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 81.

²²⁸ MIRANDA, A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 11, p. 23-26, maio/ago, 2000, p. 25.

²²⁹ SILVA, J. A., 2009, p. 449.

condicionados, no entanto, às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o campo de atuação do mandado de injunção é restrito, sendo cabível somente quando “a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.²³⁰ Para ele, o objeto do mandado de injunção não alcança outros direitos fundamentais, como, por exemplo, aqueles inscritos entre os Direitos sociais. E explica:

Realmente, a parte final – ‘inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania’ – restringe o alcance desse mandado. Ele serve para garantir Direitos, liberdades e prerrogativas diretamente vinculados ao status de nacional (os do art. 5, cujo caput reconhece aos brasileiros determinados Direitos fundamentais, ou que possam ser deduzidos do Cap. III do Tít. II, capítulo este relativo à nacionalidade), ao de cidadão, quer dizer, o nacional politicamente ativo que, como integrante do povo, o soberano na democracia, tem a participação no governo, como o Direito de voto e a elegibilidade.²³¹

O pensamento expressado por referida corrente, no entanto, não se coaduna com o espírito da Constituição, uma vez que esta, ao criar o mandado de injunção, teve como inequívoca intenção tornar efetivos os direitos que, embora previstos na Magna Carta, careciam de aplicação em razão da inexistência de normas infraconstitucionais que os regulamentassem.

2.4.2. Corrente intermediária

Uma segunda corrente doutrinária, representada, entre outros, por Celso Ribeiro Bastos, Calmon de Passos e Elival da Silva Ramos, denominada por alguns de intermediária, assevera que o objeto do mandado de injunção protege alguns outros direitos além daqueles especificamente relacionados à nacionalidade, à soberania e à cidadania, embora não inclua todos os direitos previstos na Constituição.

Elival da Silva Ramos, ao tratar do “objeto remoto” do mandado de injunção, sustenta a necessidade de interpretação sistemático-teleológica do inc. LXXI, art. 5º, da CF

²³⁰ FERREIRA FILHO, 2008, p. 325.

²³¹ Ibid., p. 325.

que o vinculasse ao disposto no §1º do mesmo artigo para dar maior efetividade a este último. Prossegue o autor:

Essa norma constitui, antes de mais nada, uma decorrência do princípio instrumental da máxima efetividade das normas constitucionais, sublinhando que as normas veiculadoras de direitos fundamentais devem ser interpretadas no sentido de se lhes reconhecer eficácia plena. Entretanto, não obstante essa diretriz, constata-se que inúmeros direitos fundamentais estão escorados em normas de eficácia limitada, algumas de natureza preceptiva e outras tantas de natureza programática.

(...) exatamente por entendermos que o mandado de injunção se vincula ao regime próprio dos direitos fundamentais, constituindo medida de excepcional intervenção do Poder Judiciário na liberdade de conformação normativa assegurada ao legislador, é que não nos parece possível a tutela por injunção de outros direitos, não-fundamentais, mesmo que constitucionalmente assegurados²³²

De acordo com Celso Ribeiro Bastos, o propósito do mandado de injunção não é colher todo e qualquer direito da Constituição. Este remédio constitucional só teria cabimento quando a falta de norma regulamentadora impedir o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Sustenta:

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.²³³

Segundo, ainda, Celso Ribeiro Bastos, o mandado de injunção não objetiva contemplar todo e qualquer direito da Constituição, embora também alcance “os direitos subsumidos debaixo do Título II da Lei Fundamental, aí incluídos obviamente os direitos de nacionalidade, os políticos e também os relativos à soberania nacional”.²³⁴

Consoante Calmon de Passos, o inciso LXXI do art. 5º refere-se à Direitos e liberdades constitucionais, o que, “se interpretado de modo liberal, conduziria ao entendimento de que todo e qualquer Direito, cuja matriz originária seja a Constituição, comportaria tutela pelo Mandado de Injunção, atendidos seus demais pressupostos. Esse entendimento nos parece desacertado”.²³⁵ E continua:

²³² RAMOS, 2005, p. 292-293.

²³³ BASTOS, 2001, p. 242

²³⁴ Ibid., p. 250.

²³⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data*: constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 110.

Pode-se, entretanto, construir diversamente, operando-se uma interpretação sistemática do dispositivo. É que o inciso LXXI do art. 5º defere o mandado de injunção para tutela das prerrogativas pertinentes à nacionalidade, soberania e cidadania, não disciplinadas pelo artigo 5º; assim sendo, disso se pode inferir a adequação do ‘mandamus’ para garantia de todos os direitos, liberdades e prerrogativas constantes do Título II da Constituição. E essa nos parece a melhor exegese, lamentada a má técnica legislativa.²³⁶

Embora o objeto dessa corrente doutrinária seja mais amplo que o da primeira, a crítica expendida à primeira é também extensível a esta corrente, tendo em vista que a Constituição, pela via do mandado de injunção, pretendeu tornar exequíveis os direitos que, apesar de nela contemplados, são inviáveis em decorrência da inexistência de normas infraconstitucionais regulamentadoras.

2.4.3. Corrente ampla (abrangente ou ampliativa)

Uma terceira corrente de pensamento, da qual são adeptos José Afonso da Silva, Hely Lopes Meirelles, Diomar Ackel Filho, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Carlos Augusto Alcântara Machado, André Ramos Tavares, Luiz Flávio Gomes, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Volney Zamenhof de Oliveira Silva, Lênio Streck, Celso Agrícola Barbi, Wander Paulo Marotta Moreira, Flávia Piovesan e Luís Roberto Barroso, denominada por alguns de abrangente ou ampliativa, identifica o objeto do mandado de injunção de forma bastante ampla, contemplando todos os direitos previstos na Constituição.

Para José Afonso da Silva, o mandado de injunção tem como objeto assegurar o exercício: de qualquer direito constitucional (individual, coletivo, político ou social) não regulamentado, bem como assegurar o exercício de liberdade constitucional, não regulamentada; e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, também quando não regulamentadas.²³⁷

Assim também, para Hely Lopes Meirelles, o objeto do mandado de injunção “é a proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivos, de pessoa física ou jurídica, e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à

²³⁶ PASSOS, 1989, p. 111.

²³⁷ SILVA, J. A., 2009, p. 448-449.

cidadania, que torne possível sua fruição por inação do Poder Público em expedir normas regulamentadoras pertinentes”.²³⁸

Diomar Ackel Filho, na mesma linha de raciocínio, assevera que a Constituição, ao mencionar o cabimento do mandado de injunção face a falta da norma regulamentadora, inviabilizadora do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, “na verdade referiu-se a todos os direitos básicos previstos diretamente na Lei Maior”.²³⁹

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, o mandado de injunção tem cabimento sempre que a omissão tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, “o que abrange os consagrados no Título II (direitos individuais, coletivos e sociais) ou em outros capítulos da Constituição, como o referente aos direitos dos servidores públicos, à seguridade social, à educação, à cultura, ao meio ambiente, aos índios”, evidenciando, de forma inequívoca seu caráter amplo.²⁴⁰

Para Carlos Augusto Alcântara Machado, prefere-se “a tese defendida por aqueles que sustentam que os direitos tutelados pela injunção são todos os enunciados na Constituição em normas que reclamam a ‘interpositio legislatoris’ como condição de fruição do direito ou da liberdade ali agasalhada”.²⁴¹ Endossando tal posicionamento, André Ramos Tavares.²⁴²

De acordo com Luiz Flávio Gomes: “Direitos e liberdades constitucionais são os direitos individuais, coletivos e sociais previstos sobretudo no Tít. II, Caps. I e II, da CF, cujas normas têm aplicação imediata (CF, art. 5º, § 1º), sem prejuízo de outros ‘decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados’ (CF, art. 5º, § 2º)”. Em síntese: abrange qualquer direito constitucional, mas apenas direito inscrito no texto constitucional. “Direitos infraconstitucionais (instituídos em legislação infraconstitucional) não regulamentados não ensejam o mandado de injunção”.²⁴³

²³⁸ MEIRELLES, 1998, p. 213.

²³⁹ ACKEL FILHO, 1988, p. 106-107.

²⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 635.

²⁴¹ MACHADO, 2004, p. 72 e 142.

²⁴² TAVARES, 2008, p. 940.

²⁴³ GOMES, L. F., 1989, p. 40.

O mandado de injunção, no dizer de Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, “presta-se a viabilizar o exercício de qualquer direito com assento constitucional, independentemente de seu conteúdo”.²⁴⁴

Consoante Volney Zamenhof de Oliveira Silva:

(...) inobstante o fato do ‘writ’ ter sido inserido em um dos incisos do art. 5º da Carta Magna, percebe-se que o legislador não quis restringir-se apenas àquele dispositivo, pois, ‘os direitos e liberdades constitucionais’ e as ‘prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania’ estão dispostos na Lei maior de forma esparsa, fato que amplia o seu campo de aplicação. Assim, o mandado de injunção vem a se constituir em um instituto que tem por fim antecipar a regulamentação de determinadas diretrizes esparsamente consagradas pela norma constitucional, solicitadas judicialmente por necessidade concreta, desde que seja indispensável ao pleno exercício de direitos e liberdades previstas na Lei maior, especialmente aquelas atinentes às prerrogativas iminentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.²⁴⁵

Segundo Lênio Streck, “nenhum Direito constitucional pode ser excluído da tutela do Mandado de Injunção, desde que previsto no bojo da Carta, cujo exercício seja obstaculizado pela falta de norma regulamentadora”²⁴⁶.

Para Celso Agrícola Barbi, a menção à nacionalidade, cidadania e soberania deve ser entendida como meramente exemplificativa, “não devendo considerar excluído do campo de proteção do mandado de injunção nenhum direito constitucionalmente garantido e que dependa de norma regulamentadora para sua efetivação”.²⁴⁷

Anota Wander Paulo Marotta Moreira, podem ser exercitados por meio do mandado de injunção, “não apenas aqueles direitos expressamente previstos no art. 5º (direitos fundamentais) e arts. 6º a 11 (direitos sociais), mas quaisquer outros que a Constituição expressamente assegura”.²⁴⁸

Na mesma esteira Flávia Piovesan, sustenta que o mandado de injunção corresponde a todo e qualquer direito e liberdade constitucional, bem como a toda e

²⁴⁴ PFEIFFER, 1999, p. 56.

²⁴⁵ SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. *Lineamentos do mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 55.

²⁴⁶ STRECK, Lênio. *O Mandado de Injunção no Direito brasileiro*. Rio Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991. p. 32.

²⁴⁷ BARBI, 1990, p. 389.

²⁴⁸ MOREIRA, Wander Paulo Marotta. Notas sobre o mandado de injunção. In.: *Mandado de injunção: estudos de direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord) São Paulo: Saraiva, 1990, p. 113.

qualquer prerrogativa inerente à nacionalidade, à cidadania e à soberania, cujo exercício estiver obstado em face da falta de norma regulamentadora.²⁴⁹

De acordo com Luis Roberto Barroso, o mandado de injunção protege os direitos constitucionais, as liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania e, como não há cláusula restritiva, estão também abrangidos todos os direitos constitucionais, sejam eles individuais, coletivos, difusos, políticos ou sociais.²⁵⁰

Também são adeptos de referida corrente doutrinária, entre outros, Francisco Antonio de Oliveira,²⁵¹ Ylve José de Miranda Guimarães,²⁵² Carlos Mário da Silva Velloso,²⁵³ Roque Carrazza²⁵⁴, Nagib Slaib Filho²⁵⁵ e Carlos Ari Sundfeld.²⁵⁶

No Supremo Tribunal Federal predomina o entendimento correspondente a essa corrente doutrinária, no sentido de que o objeto do mandado de injunção engloba quaisquer direitos, carentes de regulamentação, previstos na Constituição.

Quando do julgamento do *leading case* MI-QO 107-DF, manifestou-se o relator Min. Moreira Alves no sentido de que não há suficiente razão para restringir os termos literais constantes do inciso LXXI do art. 5º da CF, tendo em vista que “a mesma razão que justifica a concessão do mandado de injunção aos direitos e garantias previstos nesse artigo 5º existe com relação aos outros direitos e garantias constitucionais (inclusive os sociais) cujo exercício seja inviabilizado pela falta de norma regulamentadora”.

O STF deixou assente, na oportunidade, que, de acordo com a própria natureza do mandado de injunção, este instrumento destinava-se a garantir os direitos constitucionalmente assegurados, “inclusive aqueles derivados da soberania popular, como o direito ao plebiscito, o direito ao sufrágio, a iniciativa legislativa popular (CF, art. 14, I,

²⁴⁹ PIOVESAN, 2003, p. 141.

²⁵⁰ BARROSO, 2009a, p. 255.

²⁵¹ OLIVEIRA, F. A., 2004. p. 75-76.

²⁵² GUIMARÃES, Ylve José de Miranda. *Comentários à Constituição: Direitos e garantias individuais e coletivas*. Rio de Janeiro, 1989. p. 99.

²⁵³ VELLOSO, *Mandado de segurança, Mandado de Injunção e institutos afins na Constituição. Temas de Direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 169.

²⁵⁴ CARRAZA, 1993, p. 48.

²⁵⁵ SLAIB FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 268.

²⁵⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de Injunção. *RDP*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 94. p. 148.

III), bem como os chamados direitos sociais (CF, art. 6º), desde que o impetrante estivesse impedido de exercê-los em virtude da omissão do órgão legiferante”.²⁵⁷

Ademais, posteriormente, nas palavras de Gilmar Mendes, o mandado de injunção, diferentemente do que sustentado por outra corrente doutrinária, “afigurava-se adequado à realização de direitos constitucionais que dependiam da edição de normas de organização, pois, do contrário, esses direitos não ganhariam qualquer significado”.²⁵⁸

A partir do julgamento do MI-QO 107-DF, foi acolhida pela Suprema Corte, nos demais julgamentos que se sucederam, a tese da amplitude de direitos protegidos pelo mandado de injunção, desde que previstos na Constituição e desde que dependentes de regulamentação normativa.

Assim, ao julgar o MI 283-DF, reconheceu o STF a mora legislativa do Congresso Nacional na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica prevista no art. 8º, § 3º, do ADCT.²⁵⁹

Igual postura foi adotada quando do julgamento do MI 232-RJ pela Suprema Corte, relacionado com regulamentação do § 7º do art. 195 da CF, que se refere à isenção de contribuição para a seguridade social às entidades beneficentes de assistência social.²⁶⁰

O mesmo se verificou em relação ao julgamento do MI 438-GO pelo STF, referente à regulamentação do art. 37, VII da CF, que trata do direito de greve no serviço público.²⁶¹

Tal posicionamento também foi adotado quando do julgamento do MI 361-RJ, relacionado com a regulamentação do art. 192, § 3º da CF, que tratava da fixação de limites aos juros reais.²⁶²

Referida corrente doutrinária, com a qual concordamos, consistente na aplicação do mandado de injunção para a defesa de todo e qualquer direito ou garantia previstos na norma fundamental, desde que inviabilizados em razão da falta de norma regulamentadora, possibilita o pleno exercício do instituto, atendendo aos fins preconizados pela Constituição, posicionamento esse, inclusive, que encontra ressonância no disposto no art.

²⁵⁷ MENDES, 2008a.

²⁵⁸ Ibid.

²⁵⁹ STF, MI 283-DF, TP, v.u., j. 20-3-1991, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 14 nov. 1991, p. 16355.

²⁶⁰ STF, MI 232-RJ, TP, m.v., j. 2-8-1991, rel. Min. Moreira Alves, DJ, 27 mar. 1992, p. 3800.

²⁶¹ STF, MI 438-GO, TP, m.v., j. 16-6-1995, rel. Min. Néri da Silveira, DJ, 16 jun. 1995, p. 18267; STF, MI 20-DF, TP, m.v., j. 19-5-1994, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 22 nov. 1996, p. 45690.

²⁶² STF, MI 361-RJ, TP, m.v., j. 8-4-1994, rel. Min. Néri da Silveira, DJ, 17 jun. 1994, p. 15707.

5º, LXXI da CF, cujo texto não impõe qualquer restrição à proteção desses direitos ou garantias.

2.4.4. Corrente amplíssima

Por fim, uma quarta corrente de pensamento, integrada, entre outros, por Willis Santiago Guerra Filho, Barbosa Moreira e Sérgio Bermudes, tida por alguns como uma variante mais ampla da terceira corrente, antes citada, vislumbra como objeto do mandado de injunção, além dos direitos previstos na Constituição, também os direitos previstos no ordenamento jurídico infraconstitucional.

Assim, consoante Willis Santiago Guerra Filho:

a efetividade a ser conferida por meio da injunção se estenderia também, por esse artifício legislativo, aos que se vissem prejudicados em sua condição de brasileiro ('nacionalidade'), de detentor originário do poder político ('soberania') ou de eleitor e elegível ('cidadania') por normas que não aquelas encerradas na Constituição, ou seja, norma infraconstitucional, a reclamar regulamentação. Daí a distinção feita, frisando que se trata de meio jurisdicional para defender os Direitos e liberdades constitucionais – i.e., fundamentais, previstos por todo corpo da Lei Maior, e não apenas no art. 5º, como se insinuou já em interpretação restritiva absurda – como também de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, não importando que sejam elas oriundas ou não de norma constitucional, como importa para os Direitos e liberdades referidos em separado.²⁶³

Para Barbosa Moreira, o mandado de injunção, no caso de falta de norma regulamentadora, é admissível não somente para assegurar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, mas também para dar efetividade a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mesmo quando essas prerrogativas não emanem diretamente da Constituição, mas sim, são asseguradas em outras leis de menor hierarquia, ou seja, em regras infraconstitucionais.²⁶⁴ Nestes termos:

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 – regras 'infraconstitucionais', para usar expressão cara, hodiernamente,

²⁶³ GUERRA FILHO, 1989, p 104-105.

²⁶⁴ TJRJ, MI 1990.046.00006, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, m.v., j. 6-2-1991, rel. Barbosa Moreira (parte do acórdão).

aos ministros do Supremo Tribunal, como se lê nos seus despachos recentes – mas cuja viabilidade, melhor, cuja efetividade dependa de norma regulamentadora.²⁶⁵

Sérgio Bermudes, por sua vez, manifesta sua adesão ao posicionamento de Barbosa Moreira ao sustentar a admissibilidade do mandado de injunção sempre que na falta de norma regulamentadora, não apenas para assegurar o exercício de direitos e liberdade 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 leis de menor hierarquia mas cuja viabilidade dependa de norma regulamentadora.²⁶⁶

Referida tese admite a injunção para qualquer espécie legislativa que preveja direito cujo exercício dependa da edição de norma regulamentadora.²⁶⁷

Contrariamente a esse posicionamento, expressam-se Alexandre de Moraes e André Ramos Tavares.

Segundo Alexandre de Moraes, a omissão de regulamentação a ser amparada via mandado de injunção somente se refere à “*norma constitucional*, jamais de textos normativos internacionais, devidamente incorporados, leis editadas pelo legislador ordinário ou mesmo de decretos publicados no exercício do poder regulamentar do Chefe do executivo”.²⁶⁸

Para André Ramos Tavares, a necessidade de regulamentação de leis não constitucionais “não autoriza o acolhimento da ação de injunção, ainda que se trate de Convenções Internacionais ou de Tratados que imponham quaisquer espécies de obrigações para os Estados-partes etc.”²⁶⁹

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é pacífico o entendimento no sentido de que não integram o objeto do mandado de injunção os direitos previstos em normas infraconstitucionais, que dependam de regulamentação para seu exercício. Assim,

²⁶⁵ TJRJ, MI 1990.046.00006, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, m.v., j. 6-2-1991, rel. Barbosa Moreira (parte do acórdão). Trecho do acórdão também transcrito por Sérgio Bermudes, O mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 642, abr. 1989, p. 22.

²⁶⁶ BERMUDES, Sérgio. O mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 642, abr. 1989, p. 22.

²⁶⁷ TJRJ, MI 1990.046.00006, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, m.v., j. 6-2-1991, rel. Barbosa Moreira.

²⁶⁸ MORAES, 2003, p. 414-415.

²⁶⁹ TAVARES, 2008, p. 940.

decidiu a Suprema Corte que não cabe mandado de injunção em face de falta de norma regulamentadora a tornar viável o exercício de direitos previstos em lei complementar.²⁷⁰

2.5. Natureza jurídica

Entende-se por natureza jurídica “a afinidade que um instituto jurídico guarda para com uma grande categoria jurídica por diversos pontos estruturais, de modo a nela poder ter ingresso classificatório”.²⁷¹

Tomando-se como parâmetro o tipo ou a natureza da tutela que se pretende obter do órgão jurisdicional, as ações, de uma forma geral, são classificadas na doutrina em ação de conhecimento, ação de execução e ação cautelar.²⁷²

As ações de conhecimento, por seu turno, subdividem-se em condenatórias, constitutivas e declaratórias.²⁷³

Alguns autores também incluem a ação mandamental na classificação das ações.²⁷⁴

Em relação ao mandado de injunção, inexistente uniformidade doutrinária quanto à sua natureza jurídica.

Para Diomar Ackel Filho, o mandado de injunção, no direito brasileiro, é ação constitucional sumária, instrumento mandamental, remédio, garantia.²⁷⁵

Constitui o mandado de injunção, para José Afonso da Silva, “um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição.”²⁷⁶

²⁷⁰ STF, MI 296-DF, TP, v.u., j. 28-11-1991, rel. Min. Néri da Silveira, DJ, 28 fev. 1992, p. 2169.

²⁷¹ SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 530.

²⁷² THEODORO JR, *Processo de conhecimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 63; GRECCO FILHO, *Direito processual civil brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 93; e MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, v. 1, p. 152.

²⁷³ GRECCO FILHO, 1984, v. 2, p. 229; DESTEFENNI, Marcos. Admissibilidade ou não das ações mandamentais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Jurídica*, Campinas, n. 15, p. 46, 1999.

²⁷⁴ DESTEFENNI, 1999, p. 46.

²⁷⁵ ACKEL FILHO, 1988, p. 101 e 104.

²⁷⁶ SILVA, J. A., 2009, 448.

Da mesma forma, Maria Garcia²⁷⁷ e Ana Raquel Nogueira Vilela Leão²⁷⁸ entendem tratar-se o mandado de injunção de ação constitucional.

Cretella Jr., por sua vez, considera-o como “a ação civil de rito sumário, que possibilita a todo aquele que tem direito subjetivo público ou privado, exigir, em juízo, o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, tornados inviáveis pela falta de norma regulamentadora”²⁷⁹

Hely Lopes Meirelles defende o caráter mandamental do mandado de injunção.²⁸⁰

Uadi Bulos sustenta que o mandado de injunção tem natureza de “ação civil, de caráter essencialmente mandamental e procedimento específico, destinado a combater a *síndrome de inefetividade das constituições*.”²⁸¹

Calmon de Passos sustenta o caráter predominantemente constitutivo do mandado de injunção.²⁸²

De acordo com Luiz Flávio Gomes:

A decisão que defere o mandado de injunção não é de natureza condenatória; é de natureza constitutiva, porque aqui o Judiciário apenas edita (constitui) a norma regulamentadora do direito. A partir disso pode o interessado exigir em juízo o cumprimento do seu direito, valendo-se da via judicial adequada. De outro lado, essa decisão tem eficácia provisória, isto é, ela só vigora enquanto o emitente não edita a norma faltante.²⁸³

Segundo Luís Cesar Souza de Queiroz, “o mandado de injunção tem natureza constitutiva, limitando-se a criar a norma regulamentadora para o caso concreto”.²⁸⁴

De acordo com Wildo Lacerda Dantas, o mandado de injunção é uma ação com carga declarativa, “porque declara que existe a omissão na regulamentação do direito, liberdade ou prerrogativa”; é também constitutiva, “pois visa a obter um pronunciamento

²⁷⁷ GARCIA, Maria. Efeitos do mandado de injunção e o princípio da separação de poderes. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, abr.-jun. de 1993, p. 80.

²⁷⁸ LEÃO, 2005, p. 575.

²⁷⁹ CRETILLA JR., 1988, p. 11/724.

²⁸⁰ MEIRELLES, 1998, p. 225.

²⁸¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 599.

²⁸² PASSOS, 1989, p. 130-131.

²⁸³ GOMES, L. F., 1989, p. 43.

²⁸⁴ QUEIROZ, 1998, p. 234.

jurisdicional que supra essa omissão para constituir um supedâneo da norma faltante com aplicação exclusiva ao caso concreto”.²⁸⁵

Na jurisprudência do STF, da mesma forma como ocorre na doutrina, inexistente consenso em relação à natureza jurídica do mandado de injunção.

Ao julgar o MI 516-SP, entendeu a Suprema Corte que o mandado de injunção possui natureza de ação.²⁸⁶

Quando do julgamento do MI-QO 107-DF e do MI 361-RJ, posicionou-se a Corte Maior no sentido de que o mandado de injunção possui natureza de ação mandamental.²⁸⁷

Ao julgar o MI 284-DF e o MI-AgRg 335-DF, entendeu o STF que o mandado de injunção possui natureza de ação essencialmente mandamental.²⁸⁸

Entretanto, ao julgar MI-689-PB, decidiu o STF que “o mandado de injunção é ação constitutiva; não é ação condenatória, não se presta a condenar o Congresso ao cumprimento de obrigação de fazer. Não cabe a cominação de pena pecuniária pela continuidade da omissão legislativa”.²⁸⁹

Decidiu o STF, ainda, que a decisão proferida no mandado de injunção possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada.²⁹⁰

Entendemos que o mandado de injunção é uma ação civil, de rito especial (mesmo rito do mandado de segurança) e, no tocante aos efeitos da decisão, mandamental ou constitutiva, dependendo do objeto visado.

2.6. Efeitos da decisão

Um dos pontos mais controvertidos na doutrina e na jurisprudência a respeito do mandado de injunção está relacionado com os efeitos da decisão nele proferida.

²⁸⁵ DANTAS, 2001, p. 733.

²⁸⁶ STF, MI 516-SP, TP, v.u., j. 24.04.1997, rel. Min. Moreira Alves, DJ 06.06.1997, p. 24871.

²⁸⁷ STF, MI-QO 107-DF, TP, v.u., j. 13.11.1989, rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.09.1990, p. 9782; e STF, MI 361-RJ, TP, m.v., j. 08.04.1994, rel. p/acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJ 17.06.1994, p. 15707.

²⁸⁸ STF, MI 284-DF, TP, v.u., j. 22.11.1991, rel. p/acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.06.1992, p. 10103; e STF, MI-AgRg 335-DF, TP, m.v., j. 09.08.1991, rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.06.1994, p. 15720.

²⁸⁹ STF, MI 689-PB, TP, v.u., j. 7-6-2006, rel. Min. Eros Grau, DJ, 18 ago. 2006, p. 19.

²⁹⁰ STF, MI 721-DF, TP, v.u., j. 30-8-2007, rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 30 nov. 2007, p. 29.

Nesses mais de vinte anos de existência do mandado de injunção, formou-se na doutrina, basicamente, três correntes de pensamento a respeito dos efeitos da decisão do instituto, a primeira, denominada não-concretista, entendendo que a decisão tem como objetivo reconhecer a mora legislativa e dar ciência ao órgão responsável pela omissão, a segunda, denominada concretista individual, entendendo que a decisão objetiva estabelecer, concretamente, a regra faltante, apenas ao caso considerado, e a terceira, conhecida como concretista geral, entendendo que a decisão objetiva estabelecer a regra faltante, com caráter “erga omnes”.

Passa-se, então, ao estudo de cada uma das correntes enunciadas.

2.6.1. Corrente não concretista

A primeira corrente doutrinária sustenta que a decisão, no mandado de injunção, destina-se ao reconhecimento da mora legislativa e a dar ciência ao órgão legislativo omissor.

São adeptos dessa corrente Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Hely Lopes Meirelles e Celso Ribeiro Bastos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, equipara o alcance do mandado de injunção ao da inconstitucionalidade por omissão, de modo que a concessão da injunção leva o Judiciário a dar mera ciência ao Poder competente da falta de norma sem a qual é inviável o exercício do direito fundamental, não importando “no estabelecimento pelo próprio órgão jurisdicional da norma regulamentadora necessária à viabilização do direito.”²⁹¹

Conclui o autor que o estabelecimento da norma faltante pelo órgão jurisdicional está fora da sistemática constitucional brasileira, que consagra a separação de poderes como princípio fundamental e também por ter sido incluída no cerne imutável da Constituição. Assim,

“não se pode dar ao mandado de injunção um alcance que não tem a inconstitucionalidade por omissão. Esta, que é reservada a autoridades e a entes de alta representatividade, que apenas corre perante o mais alto Tribunal do País, tem, repita-se, como consequência levar uma comunicação ao Poder competente para legislar, ou à fixação de prazo para órgão administrativo, se for o caso. O mesmo, no máximo, será o alcance do mandado de injunção”.²⁹²

²⁹¹ FERREIRA FILHO, 2008, p. 325.

²⁹² Ibid., p. 325-326.

Do mesmo modo, Hely Lopes Meirelles sustenta que não poderá o Judiciário legislar pelo Congresso Nacional, “mesmo porque a Constituição manteve a independência dos Poderes (art. 2º)”. Desta feita, o Judiciário, ao decidir o mandado de injunção, ordenará “à autoridade impetrada que tome as providências cabíveis, fixando-lhe um prazo, se necessário”.²⁹³

Consoante Celso Ribeiro Bastos, o mandado de injunção tem por escopo a obtenção de sentença declaratória da omissão legislativa, com a finalidade de que se dê ciência ao órgão omissor para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º).²⁹⁴

O posicionamento dessa corrente de pensamento foi acolhido, de forma majoritária, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, iniciada com o julgamento MI-QO 107-DF.

Os fundamentos básicos dessa corrente de pensamento restaram expressados em voto proferido pelo Min. Moreira Alves quando do julgamento, pelo STF, do MI-QO 107-DF, assim sintetizados:

- a) não cabe ao Poder Judiciário exercer atividades legislativas, atuação essa que implicaria em afronta ao princípio da separação de poderes previsto nos artigos 2º e 60 da Constituição Federal;
- b) considerando-se que o STF não está autorizado a legislar supletivamente no caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que corresponde ao controle objetivo da constitucionalidade, também não lhe cabe fazê-lo por meio do mandado de injunção, que corresponde ao controle subjetivo da constitucionalidade;
- c) levando-se em conta que a competência para o julgamento do mandado de injunção se dá em razão do órgão omissor, ou seja, trata-se de competência *ratione personae*, pode-se concluir que a decisão em relação ao instituto deve ter o mesmo alcance daquela proferida na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Lamentando a inovação trazida pelo Constituinte, Galeano Lacerda assevera que o mandado de injunção “foi outra invenção infeliz dos Constituintes.” Segundo ele, a

²⁹³ MEIRELLES, 1998, p. 220.

²⁹⁴ BASTOS, 2001, p. 251.

“intenção marota e politicamente inviável em delegar ao Supremo o preenchimento das lacunas normativas resultantes da não elaboração de importantes leis complementares anunciadas na Carta Magna para efetivação dos direitos subjetivos e sociais” nela inscritos, em assuntos da máxima importância, como, p. ex., a definição do salário mínimo e da participação dos empregados no lucro das empresas traria a possibilidade de os litígios surgirem antes das leis regulamentadoras, “porque o Supremo a tudo proviria através do invento tão badalado, da salvadora injunção, de tal sorte que o Congresso, tranquilamente, não precisaria apressar-se no suprimento das lacunas.” Estas já teriam sido cuidadas por outros “mais categorizados, delas cuidariam: os senhores Ministros do Supremo.”²⁹⁵ E continua:

Ocorre que esses senhores não aceitaram pacificamente a deselegância do encargo e trataram, desde logo, mediante interpretação esvaziadora da eficácia do instituto natimorto, de sepultá-lo de vez, assimilando-o a uma vaga ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, totalmente inócua, coisa que, efetivamente, ele não era, na intenção inviável e maliciosa dos Constituintes. Os senhores Ministros, portanto, repeliram a delegação afrontosa, no que andaram muito bem. Resguardaram a dignidade e a soberania da Corte.²⁹⁶

Embora tenha predominado no Supremo Tribunal Federal, diversas são as críticas doutrinárias ofertadas a essa corrente de pensamento.

Alexandre de Moraes critica essa posição por tornar os efeitos do mandado de injunção idênticos aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), afirmando tratarem-se de institutos diversos, “pois enquanto essa [ADIO] trata a ‘inconstitucionalidade por omissão concentrada’, aquele [MI] protege os direitos individuais da ‘inconstitucionalidade por omissão difusa’”.²⁹⁷

Segundo Carlos Alberto Oliveira, atribuir à injunção o mesmo resultado da ADIO “constituiria indiscutível **bis in idem**, com a reprovável infração do princípio elementar de que na lei não se presumem palavras inúteis, reduzindo-se a um **flatus vocis** a garantia assegurada no art. 5º, LXXI.”²⁹⁸

²⁹⁵ LACERDA, Galeano. Revisão do conceito de federação; sistema de recursos e de ações constitucionais; abolição do mandado de injunção. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. N. 3, abr.-jun. de 1993, p. 250-251.

²⁹⁶ LACERDA, 1993, p. 250-251.

²⁹⁷ MORAES, 2003, p. 423.

²⁹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A natureza do mandado de injunção. *Revista estudos jurídicos*. São Leopoldo-RS: UNISINOS, v. 23, n. 57, jan-mar, 1990, p. 66.

As críticas não pararam por aí. Consoante Flávia Piovesan, essa corrente de pensamento não pode ser admitida, pois, “caso contrário, importaria em converter o mandado de injunção, de instrumento de tutela de direito subjetivo em instrumento de tutela do direito objetivo”.²⁹⁹

Portanto, é equivocada a tese daqueles que acham que o julgamento do mandado de injunção visa à expedição de norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de regulamentação, limitando-se, no entanto, a dar a esse remédio o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão. Isso faria do mandado de injunção uma indesejável “ação de inconstitucionalidade por omissão *subsidiária*”³⁰⁰ O que valeria dizer: caso os titulares da ação direta de inconstitucionalidade por omissão se omitirem no seu exercício, fica, então, deferido a qualquer interessado o direito de utilizar o procedimento injuncional para obter aquilo que primeiramente caberia àqueles titulares buscar.

A crítica real mais sensível, todavia, consubstancia-se no fato de que, embora tenham sido inúmeras as decisões proferidas em mandados de injunção, em que o STF declarou a mora do Poder Legislativo e deu ciência ao órgão legislativo omissor, a matéria constitucional, até o momento, em sua grande maioria, ainda não se encontra regulamentada, como se verificou, a título de exemplo, com as ações injuncionais relativas ao direito à aposentadoria especial do servidor prevista no art. 40, § 4º da CF³⁰¹, ao direito de greve dos servidores públicos civis, contemplado no art. 37, inciso VII da Magna Carta³⁰² e ao direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, inciso XXI da Constituição Federal³⁰³.

É assim que, com a crescente complexidade das relações jurídicas, a qual aumenta com a criação de novos institutos – como é o caso da criação do mandado de injunção –, o

²⁹⁹ PIOVESAN, 2003, p. 150.

³⁰⁰ QUEIROZ, 1998, p. 226.

³⁰¹ STF, MI 788, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. 15/04/2009, DJe- 08-05-2009 Ement Vol-02359-01 PP-00013 RSJADV jul., 2009, p. 58-59 RT v. 98, n. 886, 2009, p. 117-119; STF, MI 721, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 30/08/2007, DJ 30-11-2007 PP-00029 Ement Vol-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142; STJ, MI 758-DF, TP, v.u., j. 01.07.2008, rel. Min. Marco Aurélio;

³⁰² STF, MI 712-PA, TP, m.v., j. 25.10.2007, rel. Min. Eros Grau; STF, MI 670-ES, TP, m.v., j. 25.10.2007, rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes; e STF, MI 708-DF, TP, m.v., j. 25.10.2007, rel. Min. Gilmar Mendes.

³⁰³ STF, MI 695-MA, TP, v.u., j. 01.03.2007, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 10.04.2007, p. 87; STF, MI 278-MG, TP, m.v., j. 03.10.2001, rel. p/acórdão Min. Ellen Gracie, DJ 14.12.2001, p. 28; STF, MI 95-RR, TP, m.v., j. 07.10.1992, rel. p/acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18.06.1993, p. 12108; STF, MI 124-SP, TP, m.v., j. 07.10.1992, rel. p/acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18.06.1993, p. 12108; e STF, MI 369-DF, TP, m.v., j. 19.08.1992, rel. p/acórdão Min. Francisco Rezek, DJ 26.02.1992, p. 2354.

que se constata com a adoção da teoria não concretista é a total impossibilidade de uma completa revolução no campo judiciário, reduzindo-se ao formalismo jurídico e ao apego a conceitos superados, que escraviza o julgador e “encerra o direito em um círculo de ferro”³⁰⁴.

2.6.2. Corrente concretista individual

A segunda corrente doutrinária, denominada concretista individual, afirma que a decisão, no mandado de injunção, objetiva estabelecer, concretamente, a regra faltante, apenas em relação ao caso considerado.

São adeptos dessa corrente de pensamento José Afonso da Silva, Maria Garcia, Derly Barreto e Silva Filho, Dirley da Cunha Júnior, Carlos Mário Velloso, Michel Temer, Celso Agrícola Barbi, Célio Borja, Marcelo Figueiredo, Luiz Roberto Barroso, Jorge Hage Sobrinho, Elaine Harzheim Macedo, Clémerson Merlin Clève, entre outros.

Segundo José Afonso da Silva, a finalidade do mandado de injunção é a realização concreta em favor do impetrante do direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Não visa, esta garantia, obter a regulamentação prevista na norma constitucional uma vez que não seria função do mandado de injunção pedir a expedição da norma regulamentadora, pois não se trata de sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão.³⁰⁵

Ainda conforme o autor, “o ‘conteúdo da decisão’ consiste na outorga direta do direito reclamado. O impetrante age na busca direta do direito constitucional em seu favor, independentemente da regulamentação. (...) Compete ao Juiz definir as condições para a satisfação direta do direito reclamado e determiná-la imperativamente”.³⁰⁶

Para Maria Garcia, a decisão no mandado de injunção constituirá medida executória operada *in personam* por deferimento de dispositivo constitucional.

³⁰⁴ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1936, p. 38.

³⁰⁵ SILVA, J. A., 2009, 450.

³⁰⁶ Ibid., p. 451-452. (itálico no original)

Estabelece, “por força constitucional, o modo ou forma de concretização do direito, liberdade ou privilégios previstos na Constituição.”³⁰⁷

De acordo com Derly Barreto e Silva Filho, o mandado de injunção objetiva “investir concretamente o indivíduo em seus direitos, impondo (ao impetrado) o cumprimento efetivo da norma constitucional segundo um mandamento judicial, que a integra ao mundo fático, emprestando-lhe eficácia e concreção”.³⁰⁸

Na mesma esteira, para Dirley da Cunha Júnior, cumpre ao Poder Judiciário, no mandado de injunção, “julgar o caso concreto, decidindo sobre o direito pretendido e suprimindo a omissão criando, se necessário, a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo”.³⁰⁹

Sobre a questão, afirma Carlos Mário Velloso: “A tese que adoto, que sustento, entretanto, é aquela que empresta ao remédio constitucional eficácia plena. É aquela em que o Judiciário elaboraria a norma para o caso concreto e expediria uma ordem de fazer ou de não fazer”.³¹⁰

Conforme Michel Temer, o Judiciário, no mandado de injunção, “estaria declarando o direito, tendo a sentença força mandamental.” Assim procedendo não caracterizaria legislação, mas “exercício da jurisdição na forma ampliada, tal como fixado pela Nova Constituição. Deferiu-se ao Judiciário nova e importante missão: a de impedir que a omissão de autoridade regulamentadora vulnere direitos indefinidamente”.³¹¹

De acordo Celso Agrícola Barbi, “a fórmula que parece mais adequada, e já vem merecendo a preferência dos que escreveram sobre o assunto na imprensa, ou em entrevistas, é a de que o juiz criar, para o caso concreto do requerente de mandado de injunção, uma norma especial, ou adotar uma medida capaz de proteger o direito do autor da demanda”.³¹²

Bem arremata Célio Borja:

³⁰⁷ GARCIA, 1993, p. 83.

³⁰⁸ SILVA FILHO, Derly Barreto e. Mandado de injunção: sua atual concepção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 692, jun. 1993, p. 205.

³⁰⁹ CUNHA JR, Dirley da. Controle judicial das omissões do poder público. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 539.

³¹⁰ VELLOSO, Carlos Mário. A nova feição do mandado de injunção. *Revista de Direito Público*, n. 100, out./dez. 1991, p. 172.

³¹¹ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 214.

³¹² BARBI, Mandado de injunção. *Revista de Processo*, n. 61, jan./mar. 1991, p. 65.

O que diz a norma instituidora do mandado de injunção, no Brasil, é que o titular de um direito subjetivo assegurado pela Constituição pode fruí-lo desde logo e sem necessidade de aguardar que o legislador lhe discipline o gozo ou o exercício, recorrendo à autoridade judiciária competente, a qual, ouvida a outra parte, estatuirá o modo de exercitar-se o direito reclamado ou autorizará o seu titular a exercê-lo ou fruí-lo, a nele imitir-se ou a nele conservar-se. A norma feita pelo juiz para o caso, ou a regra implícita na *ratio decidendi*, prevalecerão “até que o legislador disponha a respeito”.³¹³

Para Marcelo Figueiredo, o mandado de injunção procura solucionar ou aplacar, ontologicamente, a inércia do legislador no caso concreto. Ao mesmo tempo, inova ao atribuir ao Judiciário a tarefa de solucionar *in concreto* de maneira flexível o problema constitucional do impetrante, isto é, a efetivação de seus direitos.³¹⁴

No dizer de Luis Roberto Barroso, o Judiciário, através do mandado de injunção, deve suprir a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo, sendo que o objeto da decisão não é uma ordem ou uma recomendação para edição de uma norma, mas, ao contrário, “o órgão jurisdicional substitui o órgão legislativo ou administrativo competentes para criar a regra, criando ele próprio, para os fins estritos e específicos do litígio que lhe cabe julgar, a norma necessária”.³¹⁵

O mandado de injunção, para Jorge Hage Sobrinho, “é remédio constitucional de equidade, posto à disposição de titular do direito (subjetivo) – já conferido na Lei Maior, e não regulamentado por quem tinha competência e obrigação constitucional de fazê-lo – para que obtenha, então, do Judiciário, em face do titular do dever-jurídico correspondente, a solução do seu problema concreto, pela melhor forma possível”.³¹⁶

Elaine Harzheim Macedo vislumbra no mandado de injunção “uma útil e eficaz forma de composição de determinada situação concreta,” de modo que ocupa o Judiciário o espaço negligenciado pelo legislador construindo a regra da qual o sistema é devedor por

³¹³ BORJA, Célio. O mandado de injunção e o *habeas data*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 306, abr./jun. 1989, p. 43.

³¹⁴ SANTOS, M O. F. F. As novas garantias constitucionais e sua procedimentalização: questões polêmicas. *Revista do Advogado*, n. 34, p. 29.

³¹⁵ BARROSO, Mandado de injunção: perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. *Revista de Direito Administrativo*, 191:1, 1993, p. 4.

³¹⁶ HAGE SOBRINHO, Jorge. A realização da constituição, a eficácia das normas constitucionais e o mandado de injunção. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, n. 9, jan./jun. 1997, p. 141.

omissão. E conclui: “Sentença assim qualificada não fica no plano normativo, fazendo-se por si só suficiente na execução do direito tutelado pela constituição”.³¹⁷

Da mesma forma que os demais autores aqui colacionados, para Clémerson Merlin Clève, a decisão proferida em sede de mandado de injunção individual surte efeitos *inter partes* e, no mandado de injunção coletivo, os efeitos estendem-se ao universo de substituídos.³¹⁸

O mesmo posicionamento, no tocante aos efeitos da decisão “*inter partes*” e em relação ao caso concreto, é adotado por Irineu Strenger, Diomar Ackel Filho, Ulderico Pires dos Santos, Ivo Dantas, Regina Quaresma, Flávia Piovesan, Alexandre de Moraes, Sérgio Bermudes, Luiz Flávio Gomes e Carlos Augusto Alcântara Machado.³¹⁹

Em decisão monocrática proferida nos autos do MI 715-DF, manifestou-se o Min. Celso de Mello³²⁰, do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que considerada a sua específica destinação constitucional, o mandado de injunção busca neutralizar as consequências lesivas decorrentes da ausência de regulamentação normativa de preceitos inscritos na Carta Política e que, “revestidos de eficácia limitada, dependem da intervenção concretizadora do legislador, para permitir o exercício efetivo de determinados direitos diretamente fundados no próprio texto constitucional”. Dessa forma, vê-se, “que o mandado de injunção traduz significativa reação jurídico-institucional do vigente ordenamento político, que o estruturou como instrumento destinado a impedir o desprestígio da própria Carta da República”. Assim, concordando e adotando o posicionamento de José Afonso da Silva, tem que a principal finalidade do mandado de injunção consiste “em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação”.

A injunção, continua esse ministro, tem por função processual específica viabilizar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas diretamente outorgados pela própria Constituição da República, “em ordem a impedir que a inércia do legislador comum frustre

³¹⁷ MACEDO, 2005, p. 84.

³¹⁸ CLÉVE, 1995, p. 261. A figura do mandado de injunção coletivo será estudada em item próprio 2.9. *Mandado de Injunção Coletivo*.

³¹⁹ Cf. STRENGER, 1988; ACKEL FILHO, 1988; SANTOS, U. P., 1988; DANTAS, 1989, p. 97; QUARESMA, 1999; PIOVESAN, 2003; Moraes, 2003, p. 427; BERMUDES, 1989, p. 24; GOMES, L. F., 1989, p. 43; MACHADO, 2004, p. 145.

³²⁰ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/mandadoinjuncao.pdf>. Acesso em 20.11.2008.

a eficácia de situações subjetivas de vantagem reconhecidas pelo texto constitucional (RTJ 131/963 - RTJ 186/20-21)”.³²¹

Embora com franco predomínio na doutrina, tal posicionamento tem sido acolhido apenas por alguns Tribunais inferiores, como no caso, a título de exemplo, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais³²², do Tribunal de Justiça de Sergipe³²³ e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Decisão bastante interessante foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, quando do julgamento do MI 1990.046.00006 (4º Grupo de Câmaras Cíveis, m.v., j. 06.02.1991, rel. Des. Barbosa Moreira), consoante relato de José Antonio Remédio, nos seguintes termos:³²⁴

Decidiu o 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao julgar mandado de injunção impetrado por policiais que tinham sido eleitos para cargos de direção junto à Federação Nacional da Polícia Civil e que pretendiam o afastamento de seus cargos, em acórdão relatado pelo Des. Barbosa Moreira, que a licença sindical prevista para os servidores públicos civis eleitos para cargos de direção em federações ou sindicatos da categoria, durante o exercício do mandato, contemplada no art. 84, parágrafo único, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, ainda não regulamentado, não conflitava com a Constituição Federal, sendo reconhecido, aos servidores nessa situação, “o direito, até a entrada em vigor da lei regulamentadora, ao gozo de licença não remunerada, determinando-se à autoridade impetrada que os afaste de suas funções, sem prejuízo dos direitos e vantagens à carreira”.

Embora com pleno domínio na doutrina, com a qual concordamos, essa corrente de pensamento não está imune a críticas.

Assim entende Luiz Flávio Gomes, para quem essa solução pode violar o princípio da isonomia, pois, se tratando de controle difuso, necessitaria de um julgado para cada caso e “a multiplicidade de julgados poderia, diante de situações idênticas, conferir direitos diferenciados. De outra parte, exigir uma ação para cada caso concreto significa que o

³²¹ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/mandadoinjuncao.pdf>. Acesso em 20.11.2008.

³²² TJMG, MI 7, CS, v.u., j. 10-3-1993, rel. Des. Bernardino Godinho, RT, 702/144. Decidiu o TJMG que, “no mandado de injunção a missão do Juiz é suprir in concreto a falta de norma, conferindo de imediato ao cidadão a fruição do direito”.

³²³ TJSE, MI 001/2002, TP, v.u., j. 12-3-2003, rel. Des. Manuel Pascoal Nabuco D’Avila. Conforme decisão do TJSE, “o objeto da ação de injunção não é substituir a norma regulamentadora não editada, mas assegurar aos autores da ação a efetividade do direito conferido pela Constituição e inviabilizado pela omissão inconstitucional”.

³²⁴ REMÉDIO, 2009, p. 629-630.

Poder Judiciário teria que julgar centenas ou milhares de causas, o que trará prejuízo à celeridade processual”.³²⁵

2.6.3. Corrente concretista geral

A terceira corrente doutrinária, denominada concretista geral, sustenta que a decisão, no mandado de injunção, objetiva estabelecer a regra faltante de modo a suprir a omissão inconstitucional, com caráter “erga omnes”.

São adeptos dessa corrente Luiz Flávio Gomes e J.J. Calmon de Passos.

Segundo esta terceira corrente doutrinária, a decisão no mandado de injunção não estaria adstrita ao caso concreto nela ventilado, transcenderia a contenda subjetiva, cabendo, pois, ao Judiciário editar a norma regulamentadora de modo a suprir a omissão inconstitucional com efeitos gerais.

Assim, Luiz Flávio Gomes defende a competência do Poder Judiciário em editar a norma regulamentadora faltante, a qual “terá eficácia para todas as situações idênticas, sem necessidade de prévia concessão de prazo para a feitura da norma”, sendo que, “desde a publicação do acórdão a norma nele editada passa a ter vigência”.³²⁶

Decidindo o mandado de injunção, salienta J. J. Calmon de Passos, o magistrado não se sensibiliza em função do caso concreto, mas o situa na generalidade de sua ocorrência e infere a norma mais adequada para disciplinar esse universo de casos concretos.³²⁷

Desse modo, o Supremo define a norma, que não será aplicável a um único caso apenas, mas a todos os casos iguais, dada a absoluta impossibilidade de se regulamentar um preceito constitucional sem atendimento ao princípio maior da isonomia, também presente na espécie. A atividade realizada pelos julgadores, ao decidirem o mandado de injunção, é correspondente à do legislador competente para a regulamentação do preceito

³²⁵ GOMES, L. F., 1989, p. 42

³²⁶ Ibid., p. 43.

³²⁷ PASSOS, 1989, p. 123-124.

constitucional. Assim, submetidos aos princípios constitucionais, imbuídos de seu espírito e “fiéis aos valores cuja tutela o preceito busca assegurar e considerando a situação de fato na sua dimensão geral, entre as várias opções políticas compatíveis, decidem-se pela que lhes parece mais consentânea”.³²⁸

Várias também são as críticas efetuadas em relação a esse posicionamento.

Para Rodrigo Mazzei, não há como abonar esta corrente, pois estaria de fato o Judiciário a substituir função do Legislativo. A teoria da independência jurisdicional aduz que a natureza da sentença proferida em mandado de injunção deve possuir caráter constitutivo *erga omnes*, incompatível com a ordem constitucional vigente.³²⁹

As principais críticas à corrente concretista geral foram sintetizadas por José Antonio Remédio nos seguintes termos:

- a) como na ADIn por omissão o STF somente pode declarar a inércia constitucional e dar ciência ao órgão, autoridade ou Poder moroso para que tome as providências, não lhe sendo permitido expedir norma regulamentadora de caráter genérico e abstrato, também isso não seria possível através do mandado de injunção;
- b) no mandado de injunção objetiva-se mais a satisfação de um direito, liberdade ou prerrogativa particular do impetrante, do que a elaboração de uma norma geral;
- c) a função de editar normas de caráter genérico é precípua do Poder Legislativo, não podendo ser usurpada pelo Poder Judiciário.³³⁰

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há inequívoco predomínio da adoção da primeira corrente doutrinária, no sentido de que a decisão, no mandado de injunção, destina-se ao reconhecimento da mora legislativa e a dar ciência ao órgão legislativo omissor. Porém, como veremos no tópico adiante, este posicionamento, na atualidade, não é mais uniformemente adotado e, ao que tudo indica, tende a desaparecer com o tempo.

2.6.4. A afirmação do mandado de injunção na jurisprudência do STF

³²⁸ PASSOS, 1989, p. 123-124.

³²⁹ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (falsos) dogmas. Direito processual coletivo I. *Revista de direitos difusos*. v. 36, março-abril, São Paulo: IBAP, 2006, p. 135.

³³⁰ REMÉDIO, 2009, p. 631.

Embora desde os primórdios da criação do mandado de injunção tenha sido patente a adoção da primeira corrente de pensamento (não-concretista) pelo STF, ao proferir seus julgamentos sobre a matéria, tem-se verificado, na atualidade, ainda que de forma esporádica, a tomada de decisões, pela Suprema Corte, no sentido de não se limitar a reconhecer a mora legislativa e a dar ciência ao órgão legislativo omissor.

O desenrolar dos julgamentos efetuados pelo Supremo Tribunal Federal mostram essa mudança de pensamento, ainda que, inicialmente, de forma bastante tímida.

O marco da conformação jurisprudencial do mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal verificou-se com o julgamento do MI-QO 107-DF, relatado pelo Min. Moreira Alves, ocorrido em 23.11.1989, oportunidade em que foram fixadas as seguintes premissas:³³¹

- a) partiu-se do princípio de que a solução que recomendava a expedição da norma geral ou concreta haveria de ser desde logo afastada (argumentou-se que a prática da expedição de norma geral ou concreta seria incompatível com o princípio da divisão de Poderes e com o princípio da democracia, além do que, o modelo constitucional não continha norma autorizadora para a edição de regras autônomas pelo Juizado, substituindo-se à atividade do legislador, ainda que com vigência provisória);
- b) a regra concreta deveria ser excluída em determinados casos, como decorrência da natureza especial de determinadas pretensões, como no caso daquelas derivadas dos postulados de direito eleitoral;
- c) tanto em relação à norma concreta como em relação às normas gerais, proíbe-se que a coisa julgada venha a ser afetada por lei posterior;
- d) transitada em julgado a decisão, não poderia a lei posteriormente editada contemplar questões que foram objeto do pronunciamento transitado em julgado;
- e) a decisão deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador tomasse as providências requeridas.

Nos termos da ementa do MI-QO 107-DF, posicionou-se o STF no sentido de que o mandado de injunção “é ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa,” cuja finalidade seria a

³³¹ MENDES, 2008a.

de dar “ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna)” e de que se determine, se “se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional”.³³²

Essa foi a postura adotada pelo STF durante vários anos, nos julgamentos subsequentes ao MI-QO 107-DF.

A título de exemplo, ao julgar o MI 168-RS, em que se pretendia a regulamentação do art. 33 do ADCT, decidiu o STF que

o mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra.³³³

Dessa forma, conforme posição adotada pelo STF, foram rejeitadas as teses doutrinárias do “caso concreto” (concretista individual) e dos “efeitos *erga omnes*” (concretista geral), que possuem natureza constitutiva, sendo acolhida pela Suprema Corte a tese da natureza mandamental, para o fim de se dirigir ao poder competente, no caso de mora legislativa, para a edição da norma, que levou à flagrante ineficácia da decisão proferida com a utilização do instituto.

Com o passar dos anos, no entanto, houve uma mudança de posicionamento do STF, ainda que de forma tímida e não em relação a todas as matérias, no tocante aos efeitos da decisão no mandado de injunção.

Essa mudança de posicionamento do STF pode ser observada em relação aos mandados de injunção impetrados relativamente ao direito à anistia previsto no art. 8º, § 3º do ADCT.

Nos termos do § 3º do art. 8º do ADCT, “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-

³³² STF, MI-QO 107-DF, TP, v.u., j. 23.11.1989, rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.09.1990, p. 9782.

³³³ STF, MI 168-RS, TP, v.u., j. 21.03.1990, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20.04.1990, p. 3047.

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”.

Em 20.03.1991, ao julgar o MI 283-DF, relativo ao § 3º do art. 8º do ADCT, O Pleno do STF deferiu o mandado de injunção para:

- a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, par. 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.³³⁴ (grifo nosso)

Assim, admitiu o STF, não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção atribuída e enunciada no MI 107 – QO, que apesar da impossibilidade de se conceder o pedido constitutivo ou condenatório formulado pelo impetrante, possível seria atender ao pedido de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra. Reconheceu-se, ainda, que vencido o prazo previsto na norma constitucional invocada (ADCT, art. 8, § 3º), há a legitimação do beneficiário da reparação a impetrar mandado de injunção, dada a existência de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. Assentou-se que ao Judiciário é dado, 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.³³⁵

Posteriormente, em 22.11.1991, ao julgar o MI 284-DF, decidiu o Pleno do STF que, reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional – único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada (ADCT, art. 8, §3) –, e considerando-se que, “embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 283 (rel. Min. Sepúlveda Pertence), absteve-se o Congresso Nacional de

³³⁴ STF, MI 283-DF, TP, v.u., j. 20.03.1991, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991, p. 16355.

³³⁵ STF, MI 283-DF, TP, v.u., rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991, p. 1635.

adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta”. Desse modo, “torna-se prescindível nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, ‘desde logo’, a possibilidade de ajuizarem, ‘imediatamente’, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório”.³³⁶

Em 05.08.1993, ao julgar o MI 384-RJ, também referente ao § 3º do art. 8º do ADCT, decidiu o Pleno do STF que, no caso de inadimplemento da prestação legislativa, havendo persistência do estado de mora do Congresso Nacional, é desnecessária nova comunicação à instituição parlamentar, sendo possível o ajuizamento imediato de ação de reparação, com fundamento no direito comum, reconhecendo-se aos beneficiários da norma transitória, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, com fundamento no direito comum, a pertinente ação de reparação econômica.³³⁷

Em 05.05.1994, ao julgar o MI 447-DF, decidiu o Pleno do STF que o prazo fixado no julgamento do Mandado de Injunção n. 283 para o cumprimento do dever constitucional de editar a regulamentação prevista no § 3º do art. 8º do ADCT, há muito já havia se escoado sem que a omissão tenha sido suprida, não havendo, pois, razão para se conceder novo prazo ao Congresso Nacional para o adimplemento desse seu dever constitucional, impondo-se, desde logo, que se assegure aos impetrantes a possibilidade de ajuizarem, com base no direito comum, ação de perdas e danos para se ressarcirem do prejuízo que tenham sofrido.³³⁸

Com o julgamento do mandado de injunção nº 447, o instituto passou a ter novo alcance, com possibilidade de aplicação de providências adicionais nele genericamente admitidas e concretizadas no julgamento do MI 283-DF.³³⁹

Ainda em relação à anistia prevista no art. 8º, § 3º do ADCT, em 26.10.2000, ao julgar o MI 543-DF, o Pleno do STF assegurou, de plano, “o direito à indenização, sem constituir em mora o Congresso Nacional, para, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, a fixar o valor da indenização”.³⁴⁰

³³⁶ STF, MI 284-RJ, TP, m.v., j. 22.11.1991, rel. Min. Celso de Mello, DJ 26.06.1992, p. 10.103.

³³⁷ STF, MI 384-RJ, TP, m.v., j. 05.08.1993, rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.04.1994, p. 8.925.

³³⁸ STF, MI 447-DF, TP, m.v., j. 05.05.1994, rel. Min. Moreira Alves, DJ 01.07.1994, p. 17.495.

³³⁹ STF, MI 447-DF, TP, m.v., j. 05.05.1994, rel. Min. Moreira Alves, DJ 01.07.1994, p. 17.495.

³⁴⁰ STF, MI 543-DF, TP, m.v., j. 26.10.2000, rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 24.05.2002, p. 55.

Ao julgar o MI 562-RS, o STF, reconhecendo a mora legislativa do Congresso Nacional em editar a norma prevista no § 3º do art. 8º do ADCT, relativa ao direito à reparação econômica aos cidadãos alcançados pelas Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica, assegurou aos impetrantes “o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de que se venham, no futuro, a beneficiar de tudo quanto, na lei a ser editada, lhes possa ser mais favorável que o disposto na decisão judicial”, pleito esse “a ser veiculado diretamente mediante ação de liquidação, dando-se como certos os fatos constitutivos do direito, limitada a atividade judicial à fixação do “quantum” devido”.³⁴¹

A mudança de postura da Suprema Corte também restou evidenciada quando do julgamento do MI 232-RJ, em que se objetivava a regulamentação do § 7º do art. 195 da CF.

Nos termos do art. 195, § 7º da CF, “são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”.

Ao julgar o MI 232-RJ, o Pleno do STF, por maioria de votos, deferiu parcialmente o mandado de injunção,

para **declarar-se o estado de mora** em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no **prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar** decorrente do art. 195, par. 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.³⁴² (grifo nosso)

Tal mudança de posicionamento também pode ser verificada em relação ao julgamento de mandados de injunção relacionados com a aposentadoria especial prevista no art. 40, § 1º da CF, em sua redação original, e no art. 40, § 4º da CF, com a redação dada pela EC 20/98.

Nos termos do § 1º do art. 40 da CF, em sua redação original, “lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, ‘a’ e ‘c’, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas”.

³⁴¹ STF, MI 562-RS, TP, m.v., j. 20.02.2003, rel. p/acórdão Min. Ellen Gracie, DJ 20.06.2003, p. 58.

³⁴² STF, MI 232-RJ, TP, v.u., j. 02.08.1991, rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.03.1992, p. 3800

Esse dispositivo constitucional (art. 40, III, “a” e “c” da CF) trata dos prazos exigidos para obtenção da aposentadoria voluntária, com vencimentos integrais e proporcionais, respectivamente, para o homem e para a mulher.

Em 29.09.1994, o Pleno do STF, ao julgar o MI-QO-444-MG, referente à aposentadoria especial prevista no art. 40, § 1º da CF em sua redação original, não conheceu do mandado de injunção, por impossibilidade jurídica do pedido, entendendo que o “par. 1º do art. 40 da C.F. apenas faculta ao legislador, mediante lei complementar, estabelecer exceções ao disposto nos inciso III, ‘a’ e ‘c’, ou seja, instituir outras hipóteses de aposentadoria especial, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas” e, “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”.^{343 344}

Em conformidade com o disposto no art. 40, § 4º da CF, com a redação dada pela EC 20/98, “é vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar”.

Em 30.08.2007, o Pleno do STF, ao julgar o MI 721-DF, relatado pelo Min. Marco Aurélio, relativo à aposentadoria especial prevista no art. 40, § 4º da CF, com a redação dada pela EC 20/98, concedeu parcialmente o mandado de injunção

impetrado contra o Presidente da República, por servidora do Ministério da Saúde, para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço, em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do art. 40 da CF, adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada. Na espécie, a impetrante, auxiliar de enfermagem, pleiteava fosse suprida a falta da norma regulamentadora a que se refere o art. 40, § 4º, a fim de possibilitar o exercício do seu direito à aposentadoria especial, haja vista ter trabalhado por mais de 25 anos em atividade considerada insalubre.³⁴⁵

³⁴³ STF, MI-QO-444-MG, TP, v.u., j. 29.09.1994, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 04.11.1994, p. 29827.

³⁴⁴ No mesmo sentido, relativamente ao direito à aposentadoria especial, foram proferidas as seguintes decisões: STF, MI-QO-425-DF, TP, rel. Sydney Sanches, DJ 11.11.1994, p. 30635; STF, MI 462-MG, TP, v.u., j. 06.09.1995, rel. Min. Moreira Alves, DJ 24.11.1995, p. 40.377; STF, MI 446-RJ, TP, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 04.04.1997, p. 10523; STF, MI 484-RJ, TP, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 03.10.1997, p. 49229; e MI-QO-494-MT, TP, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 12.12.1997, p. 65569.

³⁴⁵ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>. Acesso em 20.11.2008.

Salientou-se, o caráter mandamental – não simplesmente declaratório – do mandado de injunção, de modo a caber ao Judiciário, lastreado no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CF, além de emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito constitucionalmente previsto (liberdades constitucionais, prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania), “viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador”.³⁴⁶

Da mesma forma, em 1º.07.2008, quando do julgamento do MI 758-DF, também relatado pelo Min. Marco Aurélio, o Pleno do STF julgou procedente a injunção para o fim de assentar o direito do impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre nos termos do § 4º do art. 40 da CF. Adotou-se como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social previsto na Lei 8.213/1991, art. 57, o qual disciplina a aposentadoria especial na iniciativa privada. Cuidava-se de *writ* impetrado por tecnologista da Fundação Oswaldo Cruz - servidor público federal - que pleiteava o suprimento da lacuna normativa constante do aludido dispositivo, fundamentando seu direito à aposentadoria especial em razão de trabalho, por 25 anos, em atividade considerada insalubre, uma vez que mantinha contato com agentes nocivos, portadores de moléstias humanas e com materiais e objetos contaminados, determinando-se, por fim, a comunicação ao Congresso Nacional para que supra a omissão legislativa.³⁴⁷

Este posicionamento vem sendo reafirmado no MI 788-DF, MI 795-DF, MI 796-DF, MI 797-DF, MI 808-DF, MI 809-SP, MI 815-DF, MI 825-DF, MI 828-DF, MI 841-DF, MI 850-DF, MI 857-DF, MI 879-DF, MI 905-DF, MI 927-DF, MI 938-DF, MI 962-DF, MI 998-DF, todos julgados em 15-04-2009. O crescimento exponencial de mandados de injunção sobre a matéria no STF culminou na autorização, em Plenário, para que os Ministros decidissem monocrática e definitivamente os casos idênticos. E, também em razão disso, o Min. Gilmar Mendes acabou por apresentar, em 12.07.2009, proposta de súmula vinculante (PSV 45), no intuito de obter uniformização no tratamento da questão em prol da segurança jurídica e assim reduzir o volume de processos em tramitação no Poder Judiciário versando sobre assunto idêntico, com o seguinte teor:

³⁴⁶ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>. Acesso em 20.11.2008.

³⁴⁷ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>. Acesso em 10 out. 2008.

Enquanto inexistente a disciplina específica sobre aposentadoria especial do servidor público, nos termos do art. 40, §4º da Constituição Federal, com a redação da Emenda constitucional n. 47/2005, impõe-se a adoção daquela própria aos trabalhadores em geral (art. 57, §1º, da Lei 8.213/91).³⁴⁸

Todavia, ao julgar mandado de injunção relacionado com o aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI da CF, o STF manteve o posicionamento original, consubstanciado no *leading case* MI-QO 107-DF.

Prevê o art. 7º, XXI da CF, que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”.

Em 19.08.1992, o Pleno do STF julgou parcialmente procedente o MI 369-DF, declarando a mora legislativa do Congresso Nacional na regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI da CF.³⁴⁹

Ao julgar o MI 95-RR, relativo ao mesmo tema, declarou o Pleno do STF a mora legislativa do Congresso Nacional determinando a notificação do legislador para que a supra.³⁵⁰

O mesmo se verificou em relação aos mandados de injunção impetrados em relação aos juros reais, previsto no art. 192, § 3º da CF, em sua redação original.

Nos termos do art. 192, § 3º da Constituição Federal, em sua redação original, “as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”.

Em 06.09.1995, o Pleno do STF, ao julgar o MI 472-DF, relativo ao art. 192, § 3º CF, em sua redação original, decidiu que

³⁴⁸ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=45&classe=PSV&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 11-12-2009.

³⁴⁹ STF, MI 369-DF, TP, m.v., j. 19.08.1992, rel. p/acórdão Min. Francisco Rezek, DJ 26.02.1992, p. 2354.

³⁵⁰ STF, MI 95-RR, TP, m.v., j. 07.10.1992, rel. p/acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18.06.1993, p. 12108. No mesmo sentido: STF, MI 124-SP, TP, m.v., j. 07.10.1992, rel. p/acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18.06.1993, p. 12108; STF, MI 278-MG, TP, m.v., j. 03.10.2001, rel. p/acórdão Min. Ellen Gracie, DJ 14.12.2001, p. 28; e STF, MI 695-MA, TP, v.u., j. 01.03.2007, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 10.04.2007, p. 87.

não se revela cabível a estipulação de prazo para o Congresso Nacional suprir a omissão em que ele próprio incidiu na regulamentação da norma inscrita no art. 192, § 3º, da Carta Política, eis que essa providência excepcional só se justificaria se o próprio Poder Público, para além do seu dever de editar o provimento normativo faltante, fosse, também, o sujeito passivo da relação de direito material emergente do preceito constitucional em questão.^{351 352}

Ainda relativamente ao disposto no art. 192, § 3º da CF, decidiu o Pleno do STF, em 08.04.1994, ao julgar o MI 361-RJ, que, por não ser o Estado o sujeito passivo do direito constitucional de exercício obstado pela ausência da norma regulamentadora, não é cabível a fixação de prazo para o suprimento da omissão constitucional quando não for possível cominar consequências à sua continuidade após o termo final da dilação assinada.³⁵³

Em 29.11.2001, o Pleno do STF, ao julgar o MI 584-SP, também relativo aos juros reais, depois de afirmar que a Corte, ao julgar a ADIN nº 4, reconheceu, por maioria de votos, que o disposto no § 3º do art. 192 da CF não era autoaplicável, razão por que necessitava de regulamentação, e uma vez passado mais de doze anos da promulgação da Constituição, sem que houvesse sido regulamentado o referido dispositivo constitucional, reconheceu a mora legislativa, determinando que se comunicasse ao Poder Legislativo a mora em que se encontrava, a fim de que adotasse as providências necessárias para suprir a omissão, sem a fixação de prazo, entretanto, para o suprimento da omissão.³⁵⁴

A mudança de posicionamento do STF, no entanto, é bastante expressiva quando do julgamento de mandados de injunção impetrados para assegurar o direito de greve do servidor público, previsto no art. 37, VII da CF.

No MI 20, firmou-se o entendimento no sentido de que o direito de greve dos servidores públicos não poderia ser exercido antes da edição da lei complementar respectiva, sob o argumento de que o preceito constitucional que reconheceu o direito de greve constituía norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de autoaplicabilidade.³⁵⁵

³⁵¹ STF, MI 472-DF, TP, m.v., rel. Min. Celso de Mello, DJ 02.03.2001, p. 3.

³⁵² No mesmo sentido: STF, MI 470-RJ, TP, m.v., j. 15.02.1995, rel. Min. Celso de Mello, DJ 29.06.2001, p. 35.

³⁵³ STF, MI 361-RJ, TP, v.u., rel. p/acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJ 17.06.1994, p. 15.707

³⁵⁴ STF, MI 584-SP, TP, m.v., j. 29.11.2001, rel. Min. Moreira Alves, DJ 22.02.2002, p. 36.

³⁵⁵ STF, MI 20, TP, m.v., j. 19.05.1994, rel. Celso de Mello, DJ 22.11.1996

Em 23.04.2002, ao julgar o MI 485-MT, relativo ao direito de greve do servidor público previsto no art. 37, VII da Constituição Federal, reconheceu o Pleno do STF a necessidade de integração legislativa, mediante a edição de lei complementar, para definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público, limitando-se, porém, a declarar a omissão do Congresso Nacional. Entendeu a Suprema Corte, no caso, que não é possível a observância das disposições da Lei 7.783/89, ante a ausência de lei complementar para regular o exercício do direito de greve dos serviços públicos, não se aplicando, no caso, os métodos de integração da norma em face de lacuna legislativa, uma vez que a hipótese não é de existência de lei omissa, mas de ausência de norma reguladora específica.³⁵⁶

Em 25.10.2007, ao julgar o MI 670-MS, em que também se pretendia fosse assegurado aos associados da impetrante o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII da CF, o Pleno do STF, por maioria, conheceu do mandado de injunção, suprimindo a omissão legislativa com a aplicação, no que coubesse, da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.^{357 358}

Esse assunto foi objeto de reapreciação pelo Supremo em 21.05. 2009 quando do julgamento da Reclamação n. 6568. Nesta oportunidade, o Min. Eros Grau reafirmou que aquela “Corte, também na apreciação de mandados de injunção, não se presta a emitir decisões desprovidas de eficácia.” E, para que os servidores públicos gozassem do exercício do direito de greve, não bastaria a aplicação tão somente da Lei 7.783/1989, cabendo ao STF “traçar os parâmetros atinentes a esse exercício”. Votou o relator no sentido da procedência da reclamação, advertindo para que o STF não apenas afirmasse a proibição do exercício do direito de greve pelos policiais civis do Estado de São Paulo, mas também de quantos outros servidores públicos que desempenhem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública, à administração da Justiça – aí os integrados nas chamadas carreiras de Estado, que exercem atividades indelegáveis – e à saúde pública.³⁵⁹

O exame desta reclamação permitiu esclarecer e demarcar adequadamente o sentido mais correto e a amplitude das decisões proferidas no MI 712-PA, MI 708-DF e MI 670-

³⁵⁶ STF, MI 485-MT, TP, m.v., rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 23.08.2002, p. 7.

³⁵⁷ STF, MI 670-MS, TP, m.v., j. 25.10.2007, rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes.

³⁵⁸ No mesmo sentido: STF, MI 708-DF, TP, m.v., j. 25.10.2007, rel. Min. Gilmar Mendes; e STF, MI 712-PA, TP, m.v., j. 25.10.2007, rel. Min. Eros Grau.

³⁵⁹ STF, Recl. 6568, TP, v.u., j. 21-05-2009, rel. Min. Eros Grau, *DJ* 25-09-2009, p. 736.

MS. A partir desses precedentes, passou-se a promover significativas alterações no mandado de injunção, conferindo-lhe conformação mais ampla. Assentou-se, inclusive, na oportunidade, uma sinalização para uma nova compreensão deste instituto e a “admissão de uma solução ‘normativa’ para a decisão judicial.”³⁶⁰

O que se evidencia é a possibilidade de as decisões nos referidos mandados de injunção surtirem efeitos não somente em razão dos interesses jurídicos de seus impetrantes, mas também superarem os limites da ação injuntiva e estenderem os seus efeitos normativos para os demais casos similares que demandem a aplicação daquele esquema provisório de regulação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos estatutários. E é exatamente esse o objeto da Reclamação n. 6568.

Assim, afirma Gilmar Mendes, a “decisão no mandado de injunção, ainda que dotada de caráter subjetivo, comporta uma dimensão objetiva, com eficácia *erga omnes*”, atingindo tantos quantos forem os casos que demandem a concretização de uma omissão geral do Poder Público, ou em relação a uma determinada lei.

2.7. Autoaplicabilidade

A Constituição Federal de 1988, embora tenha criado o mandado de injunção como garantia constitucional, não se referiu ao rito procedimental que deveria ele seguir, o que acabou ensejando, entre outras questões, dúvidas sobre sua autoaplicabilidade.

Parte minoritária da doutrina, quando do advento do instituto, entendia que sua aplicação estava condicionada à promulgação de regras procedimentais próprias.

Inocência Mártires Coelho, em parecer elaborado na qualidade de Subprocurador Geral de República, apresentado nos autos do MI-QO 107-DF, sustentou

que não é auto-aplicável o preceito constitucional instituidor do mandado de injunção – o artigo 5º, inciso LXXI da Lei Maior – porque, inobstante o § 1º desse artigo declarar que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais

³⁶⁰ Voto do Min. Gilmar Mendes na Recl. 6568, TP, v.u., j. 21-05-2009, rel. Min. Eros Grau, DJ 25-09-2009, p. 736.

têm aplicação imediata, inobstante isso, aquele preceito não contém os elementos mínimos que permitam a sua imediata execução.³⁶¹

É bem verdade que a Constituição Federal não previu qualquer aspecto procedimental do mandado de injunção, circunstância essa que dificulta a aplicação efetiva do instituto.

A doutrina, no entanto, de forma majoritária acabou por sufragar o entendimento no sentido de que o mandado de injunção é autoaplicável.

José Carlos Barbosa Moreira assenta a imediata aplicabilidade do instituto por força do que se lê no §1º do art. 5º da CF, tendo em vista tratar-se de instituto inscrito no rol das garantias constitucionais.³⁶²

Não se outorga direito sem que, necessariamente, exista para ele procedimento aplicável e, caso inexistente o procedimento, deve ele ser construído analogicamente, atendidos os princípios pertinentes e prescrições compatíveis. Sendo o mandado de injunção uma ação de natureza sumária, o disciplinamento de seu procedimento deve ser feito mediante a aplicação das normas referentes a outros procedimentos afins e aquelas que presidem a todos os procedimentos instaurados em nossa ordem jurídica.³⁶³

Segundo Celso Agrícola Barbi, o mandado de injunção é garantia fundamental e, na pior das hipóteses, “sendo ação judicial, terá curso pelo procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, que é o procedimento adequado a qualquer ação que não tenha procedimento especial previsto no mesmo Código ou em lei especial”, impondo-se, assim, a conclusão “de que a norma sobre mandado de injunção está em pleno vigor e ele pode ser requerido independentemente de regulamentação”.³⁶⁴

Consoante José Afonso da Silva, o art. 5º, LXXI da Constituição Federal não depende de regulamentação para ser aplicado, tendo em vista que “o texto possui todos os

³⁶¹ STF, MI-QO 107-DF, TP, j. 23.11.1989, v.u., j. 23.11.1989, rel. Min. Moreira Alves, item “relatório”, p. 23, item 51. Cf. também Inocêncio Mártires Coelho. Sobre a aplicabilidade da norma constitucional que instituiu o mandado de injunção. In: *Antologia luso-brasileira de direito constitucional*. SARAIVA, Paulo Lopo (Coord.), Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica Ltda., 1992, p. 154.

³⁶² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de injunção. *Revista de Processo*. n. 56, out-dez de 1989, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 110.

³⁶³ PASSOS, 1989, p. 122.

³⁶⁴ BARBI, Mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 77, n. 637, nov. 1988, p. 10.

elementos suficientes à sua imediata aplicação, reforçada essa aplicabilidade direta com o disposto no § 1º do mesmo artigo”.³⁶⁵

De acordo com Ulderico Pires dos Santos, não há a menor dúvida de que a ordem de injunção deva ser autoaplicável, tendo em vista que qualquer tentativa no sentido de regulamentá-la irá de encontro ao que dispõe o parágrafo primeiro do art. 5º da Constituição Federal.³⁶⁶

O mesmo posicionamento, relativamente à autoaplicabilidade do instituto, é adotado, entre outros, por Manoel Gonçalves Ferreira Filho,³⁶⁷ Irineu Strenger,³⁶⁸ Randolpho Gomes,³⁶⁹ Flávia Piovesan,³⁷⁰ Adhemar Ferreira Maciel,³⁷¹ Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes,³⁷² José Afonso da Silva,³⁷³ André Ramos Tavares,³⁷⁴ Francisco Antonio de Oliveira,³⁷⁵ Carlos Augusto Alcântara Machado³⁷⁶, Paulo Lopo Saraiva³⁷⁷ e José Antonio Remédio.³⁷⁸

A tese da autoaplicabilidade do art. 5º, LXXI da Constituição Federal, que criou o mandado de injunção, foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do MI-QO 107-DF, ocorrido em 21 de setembro de 1990, relatado pelo Min. Moreira Alves.³⁷⁹

A partir do julgamento do MI-QO 107-DF, orientou-se a Suprema Corte, de forma unitária, no sentido da autoaplicabilidade do instituto, sendo de várias centenas, na atualidade, o número de mandados de injunção já apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

Sob nossa ótica, o mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI da Constituição Federal, identifica-se, efetivamente, como uma garantia constitucional autoaplicável.

³⁶⁵ SILVA, J. A., 2009, p. 453.

³⁶⁶ SANTOS, Ulderico Pires dos. Mandado de injunção. São Paulo: Paumape, 1988, p. 53.

³⁶⁷ FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 277.

³⁶⁸ STRENGER, 1988, p. 53.

³⁶⁹ GOMES, R., 1989, p. 25.

³⁷⁰ PIOVESAN, 2003.

³⁷¹ MACIEL, 1989, p. 129.

³⁷² ARAUJO; NUNES JR., 2009, p. 207.

³⁷³ SILVA, J. A., op. cit., p. 453.

³⁷⁴ TAVARES, 2008, p. 939.

³⁷⁵ OLIVEIRA, F. A., 2004, p. 44.

³⁷⁶ MACHADO, 2004, p. 63 e 142.

³⁷⁷ SARAIVA, 1990.

³⁷⁸ REMÉDIO, 2009, p. 609.

³⁷⁹ STF, MI-QO 107-DF, TP, v.u., j. 23-11-1989, rel. Min. Moreira Alves, DJ, 21 set. 1990, p. 9782.

Além do fato de o art. 5º, § 1º da CF prever que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, seria no mínimo um contrassenso a criação de uma garantia constitucional que tivesse como objetivo possibilitar a efetivação de direitos constitucionais dependentes de regulamentação, quando a própria garantia instrumental, no caso o mandado de injunção, fosse inaplicável exatamente por também depender de regulamentação ainda inexistente. Soma-se a isso o fato de que o Constituinte de 1987/1988 chegou a prever, no segundo substitutivo da Comissão de Sistematização, a necessidade de regulamentação do instituto por lei complementar, mas na redação final essa disposição foi retirada, o que também aponta para o desprezo do Constituinte quanto à necessidade de complementação da eficácia deste dispositivo constitucional.

2.8. Alguns aspectos processuais

2.8.1. Rito

A doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de que se aplica ao mandado de injunção o rito procedimental previsto para o mandado de segurança.

Na doutrina, referido posicionamento é sufragado, entre outros, por Diomar Ackel Filho, André Ramos Tavares, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, Hely Lopes Meirelles, Ulderico Pires dos Santos, Celso Agrícola Barbi, Clémerson Merlin Clève, Flávia Piovesan e José Antonio Remédio.³⁸⁰

Na jurisprudência, o STF, quando do julgamento do MI-QO 107-DF, orientou-se no sentido de que o mandado de injunção é autoexecutável, “inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber”.³⁸¹

De se observar, no entanto, que o mandado de injunção não é sucedâneo do mandado de segurança.

Nesse sentido, ao julgar mandado de injunção relacionado com o direito de greve previsto no art. 37, VII da Magna Carta, decidiu o STF que não é admissível o mandado de

³⁸⁰ ACKEL FILHO, 1988, p. 108; TAVARES, 2008, p. 939; ARAUJO; NUNES JR., 2009, p. 207; MEIRELLES, 1998, p. 135; SANTOS, U. P., 1998, p. 57; BARBI, 1988, p. 10; CLÉVE, 1995, p. 248; PIOVESAN, 2003; e REMÉDIO, 2009, p. 611.

³⁸¹ STF, MI-QO 107-DF, TP, v.u., j. 23-11-1989, rel. Min. Moreira Alves, DJ, 21 set. 1990, p. 9782.

injunção como sucedâneo do mandado de segurança, para a anulação de ato judicial ou administrativo que respeite ao Direito Constitucional cujo exercício pende de regulamentação, não cabendo, assim, “mandado de injunção para impugnar ato judicial que haja declarado a ilegalidade de greve no serviço público, nem por essa mesma via é de ser reconhecida a legitimidade da greve”.³⁸²

2.8.2. Sujeitos processuais

Em relação aos legitimados ativos para a impetração da injunção, inexistem divergência relevante na doutrina e na jurisprudência.

O mandado de injunção individual pode ser impetrado por qualquer pessoa, física ou jurídica, inclusive entes despersonalizados dotados de capacidade processual, objetivando o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, inviabilizados em decorrência da falta de norma regulamentadora.³⁸³ Neste rol estão compreendidos espólio, herança jacente, massa falida.

José Antonio Remédio pontua, também, a legitimidade do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) para o ajuizamento de mandado de injunção, nos termos do art. 54, XIV, da lei 8.906/94.³⁸⁴

Na jurisprudência, decidiu o Supremo Tribunal Federal que tem legitimidade ativa para a injunção somente “o titular do direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência da norma infraconstitucional regulamentadora”.³⁸⁵

O sindicato também possui legitimidade ativa para impetrar mandado de injunção,³⁸⁶ nos termos do art. 8º, III da CF.³⁸⁷

No caso do mandado de injunção coletivo, a doutrina majoritária sustenta que possuem legitimidade ativa apenas as pessoas ou entes arrolados expressamente no art. 5º,

³⁸² STF, MI 438-GO, TP, m.v., j. 11.11.1994, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 16.06.1995, p. 18267

³⁸³ OLIVEIRA, F. A., 2004, p. 124; e MACHADO, 2004, p. 98.

³⁸⁴ REMÉDIO, 2009, p. 613.

³⁸⁵ STF, AgRgMI 595-MA, TP, v.u., j. 17.03.1999, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 23.04.1999, p. 15

³⁸⁶ STF, MI 506-MS, TP, v.u., j. 05.06.1997, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 20.04.2001, p. 108; STF, MI 102-PE, T.P., m.v., j. 12.02.1998, rel. Min. Carlos Velloso, DJ. 25.10.2002, p. 25.

³⁸⁷ STF, MI 347-SC, TP, v.u., j. 07.05.1993, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 08.04.1994, p. 7222.

inciso LXX, letras “a” e “b” da Constituição Federal, da mesma forma que ocorre com o mandado de segurança.

Há autores, porém, que acrescentam o Ministério Público ao rol de legitimados para a impetração da injunção coletiva.³⁸⁸

Em mandado de injunção em que se buscava o direito de greve previsto no art. 37, VII da Constituição Federal, decidiu o STF que o sindicato está legitimado “a requerer mandado de injunção, com vistas a ser possibilitado o exercício não só de direito constitucional próprio, como dos integrantes da categoria que representa, inviabilizado por falta de norma regulamentadora”.³⁸⁹

Não possuem legitimidade ativa para impetração da injunção nem o Estado-membro³⁹⁰, tampouco o Município³⁹¹, pois essa legitimação é conferida apenas ao titular de direito subjetivo relativo à direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

No tocante à legitimidade passiva no mandado de injunção, de igual sorte, inexistente uniformidade na doutrina.

Uma primeira corrente doutrinária, na qual se inclui Michel Temer, sustenta que apenas o órgão, autoridade ou entidade incumbida de regulamentar a norma possui legitimidade passiva.³⁹²

Uma segunda corrente de pensamento afirma que somente a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que deve arcar com os efeitos da sentença, é legitimada passiva na ação de injunção.

Assim, de acordo com Carlos Mário Velloso, “está legitimado passivamente para a ação do mandado de injunção a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que deva suportar os efeitos da sentença”.³⁹³

³⁸⁸ REMÉDIO, 2009, p. 613; e MACHADO, 2004, p. 98. Sobre a questão, decidiu o STJ sobre a admissibilidade de o MP impetrar mandado de injunção. STJ, AgRgMI 185-DF, CE, v.u., j. 20.10.2004, rel. Min. Franciulli Netto, DJ, 21.03.2005, p. 200.

³⁸⁹ STF, MI 438-GO, TP, m.v., j. 11.11.1994, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 16.06.1995, p. 18.267.

³⁹⁰ STF, MI-QO 395-PR, TP, v.u., j. 27.05.1992, rel. Min. Moreira Alves, DJ, 11.09.1992, p. 14.712.

³⁹¹ STF, MI 725, TP, m.v., j. 10.05.2007, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, 21.09.2007, p. 21.

³⁹² TEMER, 2007, p. 217.

³⁹³ VELLOSO, A nova feição do mandado de injunção. *Revista de Direito Público* n. 100, out./dez. 1991, p. 172.

Uma terceira corrente doutrinária, da qual é adepto Carlos Augusto Alcântara Machado, assevera que tanto o ente ou órgão que deve regulamentar a norma, como também a pessoa jurídica de direito público ou privado que arcará com a satisfação do direito, são legitimados passivos no mandado de injunção.³⁹⁴

Na jurisprudência do STF, no entanto, firmou-se o entendimento correspondente à primeira corrente de pensamento, no sentido de que o caráter essencialmente mandamental do mandado de injunção impõe a definição, como legitimado passivo *ad causam* “na relação processual instaurada, o órgão público inadimplente, em situação de inércia inconstitucional, ao qual é imputável a omissão causalmente inviabilizadora do exercício de direito, liberdade e prerrogativa de índole constitucional”.³⁹⁵

Da mesma forma, decidiu a Suprema Corte que “somente pessoas estatais podem figurar no polo passivo da relação processual instaurada com a impetração do mandado de injunção,” uma vez que “apenas a elas é imputável o dever jurídico de emanção de provimentos normativos”.³⁹⁶

O mandado de injunção não admite a figura do litisconsórcio passivo.

Sobre a questão, decidiu o STF que é imputável apenas às pessoas estatais o dever jurídico de edição de normas, e a natureza processual, mandamental, do instituto do mandado de injunção “inviabiliza, em função de seu próprio objeto, a formação de litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo, entre particulares e entes estatais”, evidenciando, assim, o descabimento de litisconsórcio passivo.³⁹⁷

Superada a análise quanto à legitimidade ativa e passiva do mandado de injunção, passa-se à análise da competência.

2.8.3. Competência

A questão relativa à competência, no mandado de injunção, também é bastante interessante.

³⁹⁴ MACHADO, 2004, p. 101 e 143.

³⁹⁵ STF, MI 284-DF, TP, m.v., j. 22.11.1991, rel. Min. Celso de Mello, DJ 26.06.1992, p. 10.103.

³⁹⁶ STF, AgRgMI 335-DF, TP, m.v., j. 09.08.1991, rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.06.1994, p. 15.720.

³⁹⁷ STF, AgRgMI 335-DF, TP, m.v., j. 09.08.1991, rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.06.1994, p. 15.720; Cf. STF, AgRgMI 323-8-DF, T.P., v.u., j. 31.10.1991, rel. Min. Moreira Alves, DJ 14.02.1992, p. 1.164.

A competência para processar e julgar o mandado de injunção é estabelecida por critério que leva em conta a natureza do órgão responsável pela edição da norma regulamentadora ainda não editada.³⁹⁸

Consoante decisão do STF, a competência originária “para o julgamento do mandado de injunção é definida pelo Órgão ou autoridade a que caiba a edição do diploma legal regulamentador”.³⁹⁹

Em relação aos Tribunais Superiores, a competência está expressamente fixada na Constituição Federal. Segundo José Afonso da Silva, todavia, a “competência para processar e julgar o mandado de injunção ficou mal estruturada no texto constitucional.”⁴⁰⁰

Compete ao STF, nos termos do art. 102, I, “q” da CF, processar e julgar, originariamente, “o 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”.

Compete ao STJ, por sua vez, em conformidade com o art. 105, I, “h” da CF, processar e julgar, originariamente, “o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da Administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal”.

Se o mandado de injunção não for impetrado “contra qualquer das pessoas ou entidades constantes da letra ‘q’, do item I, do art. 102 da CF, a competência para processá-lo e julgá-lo não é do Supremo Tribunal Federal”, hipótese em que os autos deverão ser encaminhados “ao Superior Tribunal de Justiça, em face do disposto no art. 105, I, “a”, também da Constituição Federal, como couber, tendo em vista não haver qualquer norma regulamentadora para definir a competência quanto a mandado de injunção, da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal”.⁴⁰¹

³⁹⁸ CLÉVE, 1995, p. 250.

³⁹⁹ STF, QO-MI 176-PE, TP, m.v., rel. p/acórdão Min. Marco Aurélio, DJ 14.08.1992, p. 12.223

⁴⁰⁰ SILVA, J. A., 2009, p. 453.

⁴⁰¹ STF, MIMC 197-SP, TP, v.u., j. 21-2-1990, rel. Min. Aldir Passarinho, DJ, 27 abr. 1990, p. 3422.

Nos termos do art. 125, § 1º da CF, as Constituições Estaduais também poderão estabelecer as competências dos Tribunais Estaduais, respeitando-se, naturalmente, os dispositivos existentes na Lei Maior sobre a matéria.

Conforme decidiu o STF, “competê à Constituição do Estado definir as atribuições do Tribunal de Justiça, nos termos do art. 125, § 1º, da Constituição Federal. Essa competência não pode ser transferida ao legislador infraconstitucional”.⁴⁰²

Em São Paulo, estatui a Constituição Estadual, no art. 74, V, que compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente “os mandados de injunção quando a inexistência de norma regulamentadora estadual ou municipal, de qualquer dos Poderes, inclusive da administração indireta, torne inviável o exercício de direitos assegurados nesta Constituição”.

Assim, em São Paulo, a competência para julgar mandado de injunção será sempre originária do Tribunal de Justiça, independentemente da natureza do órgão, municipal ou estadual.

Sobre a matéria, José Antonio Remédio identifica na jurisprudência inúmeras decisões afirmando a competência do TJSP para apreciação de injunção em caso de omissão normativa municipal, inclusive algumas decisões reconhecendo a competência dos órgãos de primeira instância para apreciação da matéria.⁴⁰³

Em Minas Gerais, estabelece a Constituição Estadual, no art. 106, I, “f”, que compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente, ressalvada a competência das justiças especializadas, o “mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, de entidade ou de autoridade estadual da administração direta ou indireta”. Em seu art. 113, parágrafo único, disciplina a competência do juiz de primeira instância conhecer e julgar mandado de injunção “quando a norma regulamentadora for atribuição do Prefeito, da Câmara Municipal ou de sua Mesa Diretora, ou de autarquia ou fundação pública municipais”.

A Constituição do Rio Grande do Sul, por sua vez, prevê no capítulo das disposições gerais, no art. 93, V, “c”, dentre as competências dos tribunais de segunda

⁴⁰² STF, ADIn 3140-CE, TP, v.u., j. 10-5-2007, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ*, 29 jun. 2007, p. 21

⁴⁰³ REMÉDIO, 2009, p. 620. Competência originária do TJSP: TJSP, Ap. Civ. 14861-0, j. 24.06.1992, rel. Lair Loureiro; TJSP, Ap. Civ. 90261-5, 4ªC. Férias Julho/99 de Direito Público, v.u., j. 12.08.1999, rel. Eduardo Braga; TJSP, Ap. Civ. 235.873-1, 5ª CCiv., v.u., j. 5.10.1995, rel. Ivan Sartori, *JTLEX*, 276/92. Competência do juízo de primeira instância: TJSP, MS 134539-5, 6ª CDPr., v.u., j. 20.03.2000, rel. Vallim Bellocchi, *JTJ/LEX*, 230/266. (rodapé, p. 620)

instância, a de processar e julgar “os mandados de segurança, mandados de injunção e habeas data contra atos do próprio Tribunal, de seu Presidente e de suas Câmaras ou Juízes”.

Mais adiante em seu texto, a Constituição do Rio Grande do Sul ao cuidar da competência do Tribunal de Justiça, atribui-lhe, especificamente, no art. 95, XII, “b”, a de processar e julgar “os mandados de injunção contra atos ou omissões do Governador do Estado, da Assembleia Legislativa e seus órgãos, dos Secretários de Estado, do Tribunal de Contas do Estado e seus órgãos, dos Juízes de primeira instância, dos membros do Ministério Público e do Procurador-Geral do Estado”. E na alínea “e”, “os mandados de injunção contra atos ou omissões dos Prefeitos Municipais e das Câmaras de Vereadores”.

Já a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, prevê em seu art. 10 que as omissões administrativas dos órgãos públicos que tornem inviável o exercício de direitos constitucionais serão cumpridas no prazo legal sob pena de responsabilização da autoridade competente, sendo cabível, inclusive, o controle da omissão por meio de ADIO e mandado de injunção.

Art. 10. As omissões do Poder Público na esfera administrativa, que tornem inviável o exercício dos direitos constitucionais, serão supridas, no prazo fixado em lei, sob pena de responsabilidade da autoridade competente, após requerimento do interessado, sem prejuízo da utilização do mandado de injunção, da ação de inconstitucionalidade e demais medidas judiciais.

No Rio Grande do Norte, a Constituição Estadual prevê, em seu art. 71, I, “g”, a competência originária do Tribunal de Justiça para conhecer e julgar mandado de injunção “quando a elaboração da norma regulamentadora competir à Assembleia Legislativa, sua Mesa ou Comissão ao Governador do Estado, ao próprio Tribunal, ao Tribunal de Contas ou a órgão, entidade ou autoridade estadual, da administração direta ou indireta”.

A Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul, diferentemente das anteriormente citadas, limita a competência originária do Tribunal de Justiça na apreciação de mandado de injunção quando a omissão se der por inação do “Governador ou da Mesa da Assembleia Legislativa” e “tornar inviável o exercício dos direitos e das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. (art. 114, II, “j”)

Nas constituições estaduais há previsão de competência dos Tribunais de Justiça, ora ampliada ora reduzida, para julgamento das ações de mandado de segurança, embora

algumas Constituições estaduais, como visto, também admitam a competência do juízo de primeira instância em algumas hipóteses.

A competência recursal, por seu turno, está estabelecida pela Constituição Federal e por normas infraconstitucionais.

Assim, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário, o mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (CF, art. 102, II, “a”) e, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida estiver inserida nas alíneas “a” a “d” do art. 102, III da CF.

Compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida estiver inserida nas alíneas “a” a “c” do art. 105, III da CF.

José Antonio Remédio, ao analisar a competência da Justiça Federal, alerta que uma leitura superficial do art. 105, I, “h” da CF pode levar à errônea conclusão de que cabe ao STJ “processar e julgar mandado de injunção impetrado contra qualquer órgão ou entidade federal”. Como bem apontado pelo autor, na posição adotada pelo STF, especialmente em relação às autarquias federais, “tem sido reconhecida a competência originária da Justiça Federal de Primeira Instância, nos termos do art. 109, I, da CF.”⁴⁰⁴

2.8.4. Exordial

Quanto à petição inicial do mandado de injunção, deve ela atender, da mesma forma que se verifica com o mandado de segurança, aos requisitos estabelecidos pela lei processual (art. 6º, *caput*, da Lei 12.016/2009).

A petição inicial, como regra geral, deverá indicar (CPC, art. 282):

- a) o juiz ou tribunal, a que é dirigida;
- b) os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;

⁴⁰⁴ REMÉDIO, 2009, p. 620-621. Cf. STF, MI-QO 571-SP, TP, v.u., j. 8.10.1998, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 20.11.1998, p. 5; STJ, AgRgMI 185-DF, CE, v.u., j. 20.10.2004, rel. Min. Franciulli Netto, *DJ*, 21.03.2005, p. 200; STF, MI 193-DF, CE, v.u., j. 22.05.2006, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ*, 14.08.2006, p. 246. (rodapé, p. 621.)

- c) o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;
- d) o pedido, com as suas especificações;
- e) o valor da causa;
- f) as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;
- g) o requerimento para a citação do réu.

Calmon de Passos, ao enfrentar o tema, entende que a petição inicial deverá ser endereçada ao Presidente do Tribunal competente, sustenta a gratuidade do mandado de injunção e dispensa o protesto por provas, uma vez que a questão a ser suscitada é exclusivamente de direito.⁴⁰⁵

Impõe-se observar “o balizamento subjetivo da própria inicial do mandado de injunção, não cabendo ao Tribunal no qual tenha sido ajuizado emendá-la quanto à autoridade apontada como omissa”.⁴⁰⁶

Outro ponto importante que merece destaque para o eficiente manejo do mandado de injunção é a necessidade de observância do requisito da capacidade postulatória.

É imprescindível que a ação seja ajuizada por advogado legalmente constituído. Decidiu o STF que a posse da capacidade postulatória “constitui pressuposto processual subjetivo referente à parte”, que, na hipótese de não titularizar o *jus postulandi*, “torna-se inviável a válida constituição da própria relação processual, o que faz incidir a norma inscrita no art. 267, IV, do CPC, gerando, em consequência, como necessário efeito de ordem jurídica, a extinção do processo, sem resolução de mérito.”⁴⁰⁷

2.8.5. Desistência da ação

O impetrante poderá desistir da injunção a qualquer tempo, sem necessidade de oitiva da parte contrária, da mesma forma que se verifica com o mandado de segurança.

No caso do mandado de injunção coletivo, entretanto, posicionou-se o STF no sentido de que, formulado o pedido de desistência após o início do julgamento, quando a

⁴⁰⁵ PASSOS, 1989, p. 119-120.

⁴⁰⁶ STF, QO-MI 176-PE, TP, m.v., rel. p/acórdão Min. Marco Aurélio, DJ 14.08.1992, p. 12.223.

⁴⁰⁷ STF, AgR, gMI 772, TP, v.u., j. 24.10.2007, rel. Min. Celso de Mello, DJE 20.03.2009, p. 53.

maioria dos Ministros já havia se manifestado favoravelmente à concessão da medida, não é mais admissível a desistência.

Assim, nos termos da decisão da Suprema Corte:

O mandado de injunção coletivo, bem como a ação direta de inconstitucionalidade, não pode ser utilizado como meio de pressão sobre o Poder Judiciário ou qualquer entidade. Sindicato que, na relação processual, é legitimado extraordinário para figurar na causa; sindicato que postula em nome próprio, na defesa de direito alheio. Os substitutos processuais não detêm a titularidade dessas ações. O princípio da indisponibilidade é inerente às ações constitucionais.⁴⁰⁸

Tem-se, então, que a desistência da ação é incabível quando já iniciado o julgamento, em caso de mandado de injunção coletivo, pois não é dado aos seus legitimados, como substitutos processuais utilizarem-se dessa via como instrumento de pressão sobre o Judiciário ou qualquer outra entidade.

2.8.6. Liminar

No tocante à medida liminar, inexiste uniformidade de pensamento a respeito.

Parte da doutrina, de um lado, na qual se alinham Hely Lopes Meirelles, Diomar Ackel Filho e Calmon de Passos, sustenta que é cabível a medida liminar em mandado de injunção.⁴⁰⁹

Outra parte da doutrina, da qual é representante Luis Luchi Demo, afirma que não é cabível liminar no mandado de injunção, tendo em vista que a medida é incompatível com o instituto.⁴¹⁰

Na jurisprudência, o STF firmou o entendimento no sentido de que não é cabível a concessão de liminar no mandado de injunção, tendo em vista que seu alcance ultrapassaria os limites da decisão final.⁴¹¹ Lembra-se que o STF a inadmitiu tendo em vista que, no mérito, igualou os efeitos da decisão em mandado de injunção aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de modo que estava, o Tribunal, diante de seu antigo

⁴⁰⁸ STF, MI-QO 712-PA, TP, v.u., j. 15.10.2007, rel. Min. Eros Grau, DJ. 23.11.1007, p. 30.

⁴⁰⁹ MEIRELLES, 1998, p. 218; ACKEL FILHO, 1988, p. 108; e PASSOS, 1989, p. 121.

⁴¹⁰ DEMO, Roberto Luis Luchi. As medidas provisórias do Poder Judiciário: o novíssimo perfil constitucional do mandado de injunção a partir da histórica sessão plenária do Supremo Tribunal Federal em 7 de junho de 2006. *Ajuris*, n. 105, mar. 2007, p. 321.

⁴¹¹ STF, MI-QO 107-DF, TP, v.u., j. 13.11.1989, rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.09.1990, p. 9782; e STF, AgRgMI 342-SP, 1ª T., v.u., j. 31.10.1991, rel. Min. Moreira Alves, DJ 06.12.1991, p. 17825.

posicionamento, estaria apenas autorizado a cientificar o órgão inadimplente para que este adotasse as providências necessárias à superação do estado de omissão inconstitucional.

Espera-se a revisão desses posicionamentos tendo em vista a mudança quanto à nova conformação jurisprudencial do instituto.

Recentemente promulgada e publicada, a Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009, acrescentou à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, e estabeleceu a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Previu a lei a possibilidade de concessão de medida cautelar em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, nos seguintes termos:

Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 1º A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

Como visto, a CF de 1988 instituiu um sistema de controle de constitucionalidade por omissão, cujos mecanismos são a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (controle abstrato) e o mandado de injunção (controle concreto).

Uma vez que tanto o mandado de injunção quanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão têm como pressuposto a existência de uma omissão inconstitucional e cuidam, direta ou indiretamente, de atribuir eficácia plena às normas constitucionais, não é de se estranhar a aplicação de preceito previsto para o processo objetivo de controle da omissão em processo subjetivo de controle da omissão.

Aliás, a aplicação analógica de regras de processo objetivo às demandas subjetivas (e vice e versa) não é novidade entre nós.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o famoso caso de Mira Estrela – que editou lei municipal fixando em onze o número de vereadores sendo que na razão de proporção de sua população só comporta nove –, aplicou a regra de modulação de efeitos, prevista no art. 27 da Lei 9868/99 (Lei que regula os procedimentos de ação direta de

inconstitucionalidade por ação e omissão e a ação declaratória de constitucionalidade) a um recurso extraordinário, ao realizar o controle de constitucionalidade pela via difusa.⁴¹²

Essa não foi a única oportunidade em que o STF se utilizou de tal técnica. A Corte Suprema já teve oportunidade de discutir a aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99 em alguns casos, dentre eles na Reclamação 2391, referente à exigência de recolhimento à prisão para que o acusado pudesse apelar⁴¹³ e à decisão proferida na ADIn 3.022, de 18.08.2004.

Adverte Gilmar Mendes que a convivência do modelo incidental difuso tradicional com um sistema de múltiplas ações diretas operou significativa mudança no controle de constitucionalidade brasileiro. Uma observação trivial, diz o autor, “revela a tendência de *dessubjetivização* das formas processuais, especialmente daquelas aplicáveis ao modelo de controle incidental”. Aponta o autor para o “*diálogo e intercâmbio* entre os modelos de controle de constitucionalidade” como inequívoca tendência “para ampliar a feição objetiva do processo de controle incidental entre nós”.⁴¹⁴

Entendemos ser possível a concessão de liminar em mandado de injunção sempre que estiverem presentes os fundamentos de toda cautelar: plausibilidade do direito e risco de dano irreparável ou “risco de ineficácia, total ou parcial, de futura tutela”.⁴¹⁵

2.8.7. Provas

Quanto à prova no mandado de injunção, da mesma forma que se verifica com o mandado de segurança, deve ela ser pré-constituída.⁴¹⁶

Os fatos deverão ser incontroversos e a prova documental, não se admitindo dúvida sobre os documentos apresentados, tendo em vista a inadmissibilidade de incidente de falsidade, ações cautelares, embargos de terceiros, em suma, não se reconhecem arguições

⁴¹² STF, RE 197.917- SP, TP, m.v., j. 06.6.2002, rel. Maurício Correa, *DJ* 075.2004, p. 08.

⁴¹³ STF, Recl. 2391, TP, m.v., j. 09.9.2003, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 16.5.2008, p. 90.

⁴¹⁴ MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1102-1103. (itálicos no original)

⁴¹⁵ PASSOS, 1989, p. 121.

⁴¹⁶ STJ, MS 12.488/DF, v.u., j. 14.10.2009, rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção (S1), *DJE* 23.10.2009.

incidentes em mandado de injunção, a exemplo do que ocorre em ações de mandado de segurança.⁴¹⁷

2.8.8. Recursos

Em relação aos recursos, a questão é regulada pela Constituição Federal e por normas infraconstitucionais.

Caberá recurso ordinário para o STF, na hipótese prevista no art. 102, II, “a” da Constituição Federal, ou seja, quando o mandado de injunção for decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

Caberá recurso extraordinário para o STF, nos casos previstos no art. 102, III, “a” a “d” da Magna Carta, em relação às causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato normativo de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Caberá recurso especial, para o STJ, nas hipóteses arroladas no art. 105, III, “a” a “c” da Magna Carta, em relação às causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida.

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Em relação às decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais, somente caberá recurso quando denegarem o mandado de injunção, nos termos do art. 121, § 4º, V da CF.

⁴¹⁷ STJ, RMS 15.001-MT, 6ª T., v.u., j. 22.11.2007, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 30.06.2008; STF, MS 15215, Incidente de falsidade, T.P., m.v., j. 27.04.1966, rel. Min. Antonio Villas Boas, *DJ* 05-04-1967, p. 799.

Caberá recurso de apelação nos casos em que o mandado de injunção for julgado por Juiz de Direito, como ocorre, a título de exemplo, na Justiça Estadual de Minas Gerais, em que existe referida previsão de competência na Constituição Estadual.

Do indeferimento liminar do mandado de injunção, por juiz de Direito, é cabível apelação, não se admitindo outro recurso. O princípio da fungibilidade recursal, no caso, é afastado, constituindo-se erro grosseiro.⁴¹⁸

Quanto ao reexame necessário, Francisco Wildo Lacerda Dantas manifesta-se por sua inaplicabilidade ao mandado de injunção sob o fundamento de que as decisões neste *writ* são proferidas pelos Tribunais e a lei de mandado de segurança prevê o recurso de ofício apenas em caso de sentença em sentido estrito.⁴¹⁹

O duplo grau obrigatório de jurisdição tem sido admitido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na hipótese de decisão concessiva da injunção⁴²⁰.

Sobre o tema, pontifica José Antonio Remédio que: “Sendo possível a ocorrência de julgamento do mandado de injunção em Primeira Instância, tal circunstância ensejaria a aplicação do reexame necessário ou do duplo grau de jurisdição”.⁴²¹

2.8.9. Coisa julgada

A coisa julgada também incide em relação ao mandado de injunção.

Sobre a questão, decidiu o STF que, tendo o mandado de injunção a natureza de ação, e ocorrendo, no caso, a hipótese de a Corte já ter julgado anteriormente mandado de injunção, “idêntico entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, há coisa julgada, que se dá quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não cabe recurso (artigo 301, § 3º, in fine, do CPC)”.⁴²²

⁴¹⁸ 1º TACivSP, AI 427454-0, 2ª C., v.u., j. 08.11.1989, rel. juiz Rodrigues de Carvalho, RT, 652/93.

⁴¹⁹ DANTAS, 2001, p. 744.

⁴²⁰ TJRS, DPJ 25/95, 2ª CCiv., j. 18.4.1995, rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho.

⁴²¹ REMÉDIO, 2009, p. 637.

⁴²² STF, MI 516-SP, TP, v.u., j. 24.04.1997, rel. Min. Moreira Alves, DJ 06.06.1997, p. 24871.

Também decidiu o STF que, uma vez 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”.⁴²³

2. 9. Mandado de injunção coletivo

Controvertiam-se, quando do advento do mandado de injunção, a doutrina e a jurisprudência, a respeito da admissibilidade do mandado de injunção coletivo.

Calmon de Passos sustenta a impossibilidade da impetração do mandado de injunção coletivo, sob o argumento de que, se “a injunção pressupõe direito certo, definido para a 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”.⁴²⁴

Em sentido contrário, vários são os autores que admitem a possibilidade de impetração da segurança coletiva.

Assim, para José Afonso da Silva, o mandado de injunção “também pode ser um ‘remédio coletivo’, já que pode ser impetrado por sindicato (art. 8º, III), no interesse de Direito Constitucional de categorias de trabalhadores quando a falta de norma regulamentadora desses direitos inviabilize seu exercício. Como, segundo o art. 8º, III, os sindicatos são partes legítimas para defender direitos e interesses da categoria, o mandado de injunção utilizado em tal situação, como o proposto por qualquer outra entidade associativa nos termos do art. 5º, XXI, assume a natureza de coletivo”.⁴²⁵

O STF acabou se posicionando no sentido de admitir a impetração do mandado de injunção coletivo, pelas mesmas entidades legitimadas que compõem o rol de legitimados ativos para a impetração do mandado de segurança coletivo, por aplicação analógica do art. 5º, LXX, da CF.

⁴²³ STF, MI 283-DF, TP, v.u., j. 20.03.1991, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991, p. 16355.

⁴²⁴ PASSOS, 1989, p. 117.

⁴²⁵ SILVA, J. A., 2009, p. 462.

Conforme referência de José Antonio Remédio:⁴²⁶ “Nesse sentido, tem-se admitido a impetração do mandado de injunção coletivo por sindicatos, como no caso do dispositivo constitucional que trata da taxa de juros reais (CF, art. 192, § 3º, da CF),⁴²⁷ e por confederações, como no caso dos dispositivos constitucionais que tratam da participação nos lucros da empresa (CF, art. 7º, XI)⁴²⁸ e do direito de greve do servidor público (CF, art. 37, VII).⁴²⁹”

No caso específico do mandado de injunção coletivo, como antes afirmado, é incabível o pedido de desistência da ação formulado após o início do julgamento pela Corte, quando a maioria dos Ministros já se manifestou favoravelmente à concessão da medida.⁴³⁰

2.10. Mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Embora o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tenham como fundamento comum a “inconstitucionalidade por omissão”, e integrem um sistema de controle de constitucionalidade das omissões, os institutos são distintos.

Para um estudo comparativo dos institutos é necessário, ainda que em breves linhas, conhecer da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para depois distingui-la do mandado de injunção.

A declaração de inconstitucionalidade por omissão encontra-se prevista em nosso ordenamento jurídico no §2º, do art. 103, da Constituição Federal de 1988. Como já referido anteriormente, é inovação trazida pelo Constituinte de 1987/1988 com o escopo de combater o que a doutrina vem denominando de “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”⁴³¹, “a desvalorização da Constituição escrita na democracia ocidental”⁴³².

⁴²⁶ REMÉDIO, 2009, p. 643.

⁴²⁷ STF, MI 361-RJ, TP, m.v., j. 8-4-1994, rel. Min. Néri da Silveira, DJ, 17 jun. 1994, p. 15707; STF, MI 472-DF, TP, v.u., j. 6-9-1995, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 2 mar. 2001, p. 3.

⁴²⁸ STF, MI 102-PE, TP, m.v., j. 12-2-1998, rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 25 out. 2002, p. 25.

⁴²⁹ STF, MI 20-DF, TP, m.v., j. 19-5-1994, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 22 nov. 1996, p. 45690.

⁴³⁰ STF, MI-QO 712-PA, TP, v.u., j. 15-10-2007, rel. Min. Eros Grau, DJ, 23 nov. 2007, p. 30.

⁴³¹ LENZA, Pedro. Ativismo judicial: a Separação de Poderes e o controle das omissões legislativas. *Jornal Carta Forense*, 8 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=3316>. Acesso em: 10/05/2009.

⁴³² LOEWENSTEIN, 1970, p. 222.

A doutrina não controverte acerca da inspiração da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, admitindo como sua fonte a inconstitucionalidade por omissão da Constituição da República Portuguesa de 1976, que em sua redação originária dispunha no artigo 279.º, subordinado à epígrafe “Inconstitucionalidade por omissão”:

Quando a Constituição não estiver a ser cumprida por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, o Conselho da Revolução poderá recomendar aos órgãos legislativos competentes que as emitam em tempo razoável.

Segundo Canotilho, foi pequeno o exercício dessa competência pelo Conselho da Revolução, tendo sido editadas apenas duas resoluções de recomendação: “uma a propósito das organizações de ideologia fascista (Resolução n.º 105/77, de 16 de Maio) e outra a respeito dos trabalhadores de serviço doméstico (Resolução n.º 56/78, de 18 de Abril)”⁴³³.

Anna Cândida da Cunha Ferraz, em 1986 – período antecedente à elaboração do atual ordenamento constitucional brasileiro –, propôs a análise da omissão inconstitucional e, já naquela época, reconheceu que a figura da inconstitucionalidade por omissão portuguesa, “não criou, contudo, meio eficiente para controlar tal inconstitucionalidade, na medida em que atribuiu ao Conselho da Revolução (órgão já extinto) mera competência para ‘emitir recomendações aos órgãos legislativos’ visando sanar a omissão.” Reconheceu, a autora, que o cumprimento destas recomendações estava diretamente ligado à força política ou suasória daquele órgão, o que fadava à ineficácia do dispositivo constitucional em face da inexistência de sanção jurídica para a inércia legislativa.⁴³⁴

Suprimido o título III da parte III da Constituição Portuguesa pela primeira revisão constitucional, a inconstitucionalidade por omissão passou a ser objeto do atual artigo 283.º, que estabelece:

Artigo 283.º - Inconstitucionalidade por omissão

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.
2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

⁴³³ CANOTILHO, 2003, p. 1039.

⁴³⁴ FERRAZ, 1986, p. 56.

A fórmula do atual art. 283º da Constituição Portuguesa, consoante Canotilho, é menos diretiva do que a que se traduzia “na possibilidade de recomendações, mas pode interpretar-se como sendo um *apelo* do Tribunal Constitucional, com significado político e jurídico, aos órgãos legiferantes competentes no sentido de estes actuarem e emanarem actos legislativos necessários à exequibilidade das leis constitucionais”.⁴³⁵

O instituto da inconstitucionalidade por omissão, em Portugal, mostrou total falta de operacionalidade, evidenciada por sua tímida utilização. Em vinte e sete anos de existência, o Tribunal Constitucional Português só teve oportunidade de se declarar sobre o tema em apenas cinco ocasiões: acórdãos n. 182/89⁴³⁶, n. 276/89⁴³⁷, n. 36/90⁴³⁸, n. 424/01⁴³⁹ e n. 474/02⁴⁴⁰.

Apesar de sua pequena utilização e desenvolvimento na jurisprudência portuguesa, não se descartam as valiosas lições e contribuições dos pensadores lusitanos, em especial ao tratarem das características da omissão, estudadas em tópicos antecedentes.⁴⁴¹

Admite a ineficácia do instituto lusitano Sérgio Resende de Barros, ao reconhecer o mesmo destino para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão brasileira:

a ação de inconstitucionalidade por omissão, a qual – mesmo prevendo um prazo de trinta dias para compelir a administração pública, não previsto em Portugal – teve aqui, pelo menos até agora, o mesmo destino que na terra lusitana: a ineficácia ou, mesmo, o esquecimento.⁴⁴²

⁴³⁵ CANOTILHO, 2003, 1039.

⁴³⁶ Portugal, Tribunal Constitucional, Plenário, Omissão, acórdão n. 182/89, proc. n. 298/87, rel. Conselheiro Mário de Brito, julgado em 1º de Fevereiro de 1989. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890182.html> Acesso em: 09 de dezembro de 2009.

⁴³⁷ Portugal, Tribunal Constitucional, Plenário, Omissão, acórdão n. 276/89, proc. n. 23/87, rel. Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, julgado em 28 de Fevereiro de 1989. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890276.html>. Acesso em: 09 de dezembro de 2009.

⁴³⁸ Portugal, Tribunal Constitucional, Plenário, Omissão, acórdão n. 36/90, proc. n. 6/89, rel. Conselheiro Mário de Brito, julgado em 14 de Fevereiro de 1990. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900036.html>. Acesso em: 09 de dezembro de 2009.

⁴³⁹ Portugal, Tribunal Constitucional, Plenário, Omissão, acórdão n. 424/01, proc. n. 625/99, rel. Conselheiro Artur Maurício, julgado em 9 de Outubro de 2001. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010424.html>. Acesso em: 09 de dezembro de 2009.

⁴⁴⁰ Portugal, Tribunal Constitucional, Plenário, Omissão, acórdão n. 474/02, proc. n. 48/94, Conselheiro Bravo Serra, julgado em 19 de Novembro de 2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020474.html> Acesso em: 09 de dezembro de 2009.

⁴⁴¹ Cf. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 3. ed., 1985, n. 116 et. seq.; CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, Coimbra: Coimbra Editora, 1994., Id., 2003; ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009; CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2. ed., 2. vol., 1993, anotações ao artigo 283.º.

⁴⁴² BARROS, Simplificação do controle de constitucionalidade. In: *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 593-617.

A concretização do exercício desse controle, apesar de difícil e complexa, conforme sugestão de Anna Cândida Ferraz, poderia contar com a participação de outro Poder para a colmatação da lacuna de legislação, ou a ampliação da participação direta pelo povo, bem como a participação dos poderes locais, e, para garantir-se a relativa efetividade dessas disposições, a tipificação da omissão como crime de responsabilidade, pela conotação política desse instrumento.⁴⁴³

Analisando-se especificamente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nos termos inscritos na Constituição da República Federativa do Brasil, tem-se como ponto de partida para as críticas a fórmula escolhida pelo Constituinte e sua localização no texto constitucional. O art. 102, I, *a*, da CF, ao tratar das competências do STF, limita-se a mencionar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. A ação de controle da omissão está prevista após a fixação dos legitimados ativos para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) e ação declaratória de constitucionalidade (ADC).

Apesar de sua localização – e em razão de sua localização – no texto constitucional, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é mecanismo de controle principal de constitucionalidade, em tese, de feições abstratas.⁴⁴⁴ Ao órgão julgador não é dado analisar a repercussão do comportamento omissivo do Poder Legislativo ou da Administração no plano concreto das relações intersubjetivas. Cuida-se de modalidade de controle concentrado, sendo sua análise de competência exclusiva de Tribunal: STF (CF, art. 102, I, *a*) e Tribunal de Justiça (CF, art. 125, § 2º).

A característica da abstração evidencia a estruturação do instituto como processo objetivo, que essencialmente tem como finalidade a manutenção, a preservação do sistema normativo; não há sujeito passivo, não diz respeito a direito subjetivo, o julgador não está adstrito à causa de pedir constante da inicial. É um processo em que não há lide.⁴⁴⁵ Os órgãos ou entes incumbidos da propositura desta ação não agem como autor, no sentido estritamente processual, mas como um “advogado da Constituição”⁴⁴⁶, e para alguns dos

⁴⁴³ FERRAZ, 1986, p.60-61.

⁴⁴⁴ RAMOS, 2005, p. 284.

⁴⁴⁵ Cf. CLÉVE, 1995, 339-340.

⁴⁴⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 176. Cf. também MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1183.

legitimados haverá a necessidade de demonstração da pertinência temática. E a decisão terá efeito *erga omnes*.

Não se trata de modalidade especial de exercício de ação direta de inconstitucionalidade, mas apenas uma variação da ADIn genérica (por ação), com algumas especificidades.⁴⁴⁷

Quanto à legitimidade, lembra-nos Gilmar Mendes da necessidade de adequar o rol dos legitimados em ADIn e ADC para a ADIO, pois se admitidos igualmente haveria algumas dificuldades. Isso porque, naquele elenco (CF, art. 103, *caput*) dispõem de direito de iniciativa legislativa, no plano federal, tanto o Presidente da República, como os integrantes da Mesa do Senado Federal e da Mesa da Câmara dos Deputados (CF, art. 61). Assim, esses “órgãos constitucionais não poderiam propor ação de inconstitucionalidade, porque, enquanto responsáveis ou co-responsáveis pelo eventual estado de inconstitucionalidade, seriam eles os destinatários primeiros da ordem judicial de fazer, em caso de procedência da ação”.⁴⁴⁸ Contudo, a Lei 12.063, de 27 de outubro de 2009, em seu art. 12-A, reafirmou orientação jurisprudencial acerca da identidade de legitimados nas ADIn, ADC e ADIO.

Outro ponto que merece destaque é o cabimento de medida cautelar em sede de ADIO. Apontavam a doutrina e a jurisprudência para o descabimento de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão por não se revelar compatível com sua natureza e finalidade, eis que a única consequência possível seria a mera comunicação formal de mora ao órgão estatal omissor.⁴⁴⁹ Em caso de omissão parcial, todavia, entendeu o STF ser possível a concessão parcial de cautelar para suspender a aplicação da norma questionada.⁴⁵⁰

Essa questão foi superada pela Lei. 12.063, de 27 de outubro de 2009, que, ao regulamentar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, previu o cabimento de medida cautelar “em caso de excepcional urgência e relevância da matéria”, podendo consistir “na suspensão da aplicação da lei ou ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais e procedimentos administrativos, ou ainda outra providência a ser fixada pelo Tribunal.”

⁴⁴⁷ Cf. RAMOS, 2005, p. 285; CLÈVE, 1995, p. 229.

⁴⁴⁸ MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1185.

⁴⁴⁹ STF, ADI 267 MC, TP, m.v., j. 25-10-1990, rel. Min. Celso De Mello, *DJ* 19-05-1995, p. 13990; STF, ADI 361 MC, TP, v.u., j. 05-10-1990, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 26-10-1990, p. 11976.

⁴⁵⁰ STF, ADI 652 MC, TP, v.u., j. 18-12-1991, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 02-04-1993, p. 5615; STF, ADI 2040, TP, v.u., j. 15-12-1999, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 25-02-2000, p. 51.

Tal inovação legislativa não contribuiu, todavia, para elucidar outros pontos controversos entre doutrina e jurisprudência. Sempre se admitiu a ADIO como uma variante de ADIn,⁴⁵¹ até mesmo pela sua localização no texto constitucional e pela falta de previsão de procedimento próprio. Quanto ao procedimento de ADIO, não há grande inovação, pois a Lei 12.063/09 regula poucos pontos processuais e determina a aplicação do procedimento de ADIn “no que couber”, reafirmando jurisprudência consolidada.

Diversas foram as ações propostas, anteriores a essa lei, em que se pretendeu a conversão da ADIn em ADIO fundada, ou pela revogação do ato impugnado, ou pela existência de omissão parcial. O STF vinha se manifestando contrariamente à fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade, por ação ou por omissão,⁴⁵² pois, segundo o entendimento daquela Corte, apesar de utilizarem procedimentos semelhantes, o pedido na ação de fiscalização da omissão é algo diverso.

Elival da Silva Ramos, apoiado no posicionamento do STF, afasta a possibilidade de conversão da ação direta de inconstitucionalidade comissiva em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, “ou vice-versa em razão do princípio da ação ou do pedido, que impede ao Tribunal se substituir ao requerente da medida na delimitação do objeto da declaração pleiteada”. Porém, admite a possibilidade de pedido sucessivo em caso de omissão parcial relativa, caso em que há ato normativo com ofensa ao princípio da isonomia.⁴⁵³

Gilmar Mendes, por sua vez, entende que em caso de omissão parcial existe uma “relativa, mas inequívoca fungibilidade ente a ação direta de inconstitucionalidade (da lei ou ato normativo) e o processo de controle abstrato da omissão”, já que ambos “acabam por ter – formal e substancialmente – o mesmo objeto, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude”.⁴⁵⁴

Compartilha de posicionamento semelhante André Ramos Tavares, para quem este entendimento é defensável e lhe parece mais alinhado com a Constituição Federal na medida em que se considera ser a ação direta de inconstitucionalidade uma só, “cujo

⁴⁵¹ CF. RAMOS, 2005, p. 286; e TAVARES, 2008, p. 311.

⁴⁵² Cf. STF, ADI 986 MC, TP, v.u., j. 10-02-1994, rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* 08-04-1994, p.7226; STF, ADI 1439 MC, TP, m.v., j. 22-05-1996, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 30-05-2003, p. 28; STF, ADI 1442,TP, v.u., j. 03-11-2004, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 29-04-2005, p. 7.

⁴⁵³ RAMOS, 2005, p. 287-288.

⁴⁵⁴ MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1191-1192.

pedido pode ter como causa de pedir uma ação ou uma omissão, mister seria acolher a fungibilidade, sob pena de valorização exacerbada do aspecto procedimental.”⁴⁵⁵

É bem verdade que a declaração de nulidade em caso de omissão parcial acarretaria o agravamento da situação, não se configurando a técnica de decisão mais adequada para casos como esse. Contudo, o problema do enfrentamento judicial da omissão parcial reside menos no tipo de ação adequada que na adoção de técnica de decisão apropriada para superar-se a omissão inconstitucional.⁴⁵⁶

Objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é “permitir que toda norma constitucional alcance eficácia plena, obstando que a inação do legislador venha a impedir o exercício de direitos constitucionais”. É instrumento voltado a preencher, de forma geral e abstrata, lacunas inconstitucionais do ordenamento. Sua finalidade última é colmatar todas as lacunas inconstitucionais para que um dia todas as normas constitucionais alcancem eficácia plena e “possa irradiar, com máxima eficácia, efeitos normativos”.⁴⁵⁷

Relativamente à mora legislativa, o STF tem adotado o posicionamento no sentido de que, uma vez desencadeado o processo legislativo, não há que se cogitar de omissão inconstitucional do legislador.⁴⁵⁸

Uma vez julgada procedente a ADIO, duas possibilidades se abrem, diz André Ramos Tavares. Em caso de omissão legislativa, caberá ao Tribunal apenas certificar a existência da omissão que o autor pretendia combater, uma vez que “não poderia o Tribunal Constitucional impor ao legislador a feitura de qualquer diploma normativo”, pois como resultado ter-se-ia “violento desmanche do princípio constitucional da separação e harmonia de poderes”. Contudo, em caso de omissão da Administração Pública, o texto constitucional, taxativamente, autorizou o tribunal a “assinalar prazo para que a omissão seja cumprida, sob pena de responsabilidade daquele que desatender ao *decisum*”.⁴⁵⁹

Acatar o posicionamento de André Ramos Tavares seria reconhecer a decisão em ADIO com caráter meramente declaratório, ou quicá constitutivo, declarando a mora do

⁴⁵⁵ TAVARES, 2008, p. 311.

⁴⁵⁶ Cf. MENDES, A declaração de inconstitucionalidade sem pronuncia de nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no direito brasileiro. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, janeiro/fevereiro/março, 2008b, p. 9. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 12/05/2009.

⁴⁵⁷ PIOVESAN, 2003, p. 113.

⁴⁵⁸ STF, ADI 2495, rel. Ilmar Galvão, j. 02.05.2005, DJ 02.08.2002.

⁴⁵⁹ TAVARES, 2008, p. 311-312.

poder legiferante omissor. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *leading case* MI 107 fixou tese equiparando os efeitos das decisões em mandado de injunção e ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e atribuindo caráter mandamental. À época entendeu-se que “tanto quanto a decisão a ser proferida no processo de controle abstrato da omissão, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade no mandado de injunção, tem caráter *obrigatório* ou *mandamental*. As duas ações são destinadas a obter uma ordem judicial dirigida a um outro órgão do Estado”.⁴⁶⁰

No tocante aos efeitos, é bem verdade que o Supremo Tribunal Federal, em 9.5.2007, alterou seu entendimento para, ao julgar procedente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, reconhecer a mora do Congresso Nacional em editar lei complementar a que se refere o § 4º do art. 18 da CF, na redação dada pela EC 15/1996 e estabelecer prazo de dezoito meses para que este adote todas as providências legislativas para o cumprimento da referida norma constitucional. Além disso, entendeu possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência “apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição.” Isso porque, “as peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas”. Firmaram nova posição reconhecendo que a “*inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão”.⁴⁶¹

Na mesma data, proferiram interessante voto sobre questão semelhante, em que o Estado da Bahia criou o município de Luís Eduardo Magalhães, posteriormente à EC 15/96, na ausência de lei complementar federal a que alude o texto constitucional. Esse Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo autônomo. Nesse caso, reconheceram a omissão do legislativo, mas em prol da segurança jurídica julgaram a ação procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses.⁴⁶²

Como resposta a esses julgamentos, o Congresso Nacional, em 18 de dezembro de 2008, aprovou a E.C n. 57 para convalidar “os atos de criação, fusão, incorporação e

⁴⁶⁰ MENDES, 2008b. (itálico no original)

⁴⁶¹ STF, ADI 3682 MT, TP, v.u., j. 09-05-2007, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 06-09-2007, p. 37.

⁴⁶² STF, ADI 2240 BA, TP, v.u., j. 09-05-2007, rel. Min. Eros Grau, *DJ* 03-08-2007, p. 29.

desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação”. Todavia, a lei complementar a que alude o §4º do art. 18 da Constituição ainda não foi editada.

Apresentado o panorama atual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, passa-se ao estudo comparativo em relação ao mandado de injunção.

Diferença fundamental está no fato de que, enquanto no mandado de injunção visa-se regulamentar um direito subjetivo, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão objetiva-se a tutela do direito objetivo.

Quanto ao objeto, enquanto a ADIO se presta a dar efetividade a qualquer norma constitucional pendente de regulamentação, ou ainda de regulamentação insuficiente, o mandado de injunção, por sua vez, objetiva possibilitar a imediata fruição de direitos constitucionalmente assegurados, inclusive aqueles “derivados da soberania popular, como o direito ao plebiscito, o direito ao sufrágio, a iniciativa legislativa popular (art. 14, I, III), bem como os chamados direitos sociais (CF, art. 6º), desde que o impetrante estivesse impedido de exercê-los em virtude de omissão legiferante”⁴⁶³.

Em relação à legitimidade de agir, o mandado de injunção, instrumento de controle de difuso de constitucionalidade que é, tem como legitimados toda e qualquer pessoa, natural ou jurídica, e até mesmo entes despersonalizados, desde que detentores de um direito inexercitável por falta de norma regulamentadora. Já para a ADIO a Constituição, em seu art. 103, I a IX, separou um rol taxativo de legitimados ativos.

No tocante à competência, o mandado de injunção, como visto no item 2.8.3. *Competência*, é cabível aos Tribunais e, em alguns Estados, também aos Juízes de Primeiro Grau, enquanto a ADIO é cabível apenas aos Tribunais.

Em relação ao rito procedimental, consoante análise de José Antonio Remédio, “enquanto no mandado de injunção aplicam-se as disposições da Lei 1.533/51 (Lei do Mandado de Segurança), na ação direta de inconstitucionalidade por omissão aplica-se o rito previsto no Regimento Interno do Tribunal”⁴⁶⁴ – hoje, a lei 12.016/09 para o mandado de segurança, e a lei 12.063/09 para a ADIO.

⁴⁶³ MENDES, 2008b, p. 6.

⁴⁶⁴ REMÉDIO, 2009, p. 641-642.

Quanto à mora legislativa, entende o STF que, no mandado de injunção, uma vez superado o prazo razoável para regulamentação da norma constitucional, “nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar”.⁴⁶⁵ Já em relação à ADIO, uma vez desencadeado o processo legislativo, não há que se cogitar de omissão inconstitucional do legislador, porém, a depender do caso, a *inertia deliberandi* também poderá ser objeto de controle abstrato da omissão.

Por fim, de se destacar que o STF decidiu que não é cabível o mandado de injunção para o exercício do controle concentrado da norma.⁴⁶⁶

⁴⁶⁵ STF, MI 361-RJ, TP, m.v., j. 8-4-1994, rel. p/acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 17 jun. 1994, p. 15707.

⁴⁶⁶ STF, AgRgMI 575-DF, TP, v.u., j. 29-10-1998, rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 26 fev. 1999, p. 13; STF, MI -QO 395 PR, TP, v.u., j. 27-05-1992, rel. Min. Moreira Alves, DJ 11-09-1992, p. 14712.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da omissão legislativa e a consequente postura do Judiciário sobre o tema tem sido um dos assuntos mais abordados pela comunidade jurídica, em encontros de Cortes Constitucionais ao redor do mundo. Atento a essa preocupação, o Constituinte de 1987/1988 fez inscrever no texto constitucional dois instrumentos de controle da omissão inconstitucional: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A falta de tradição destes mecanismos na cultura jurídica brasileira e a indefinição acerca da inspiração internacional em relação ao mandado de injunção, fomentaram as dúvidas no manejo dos institutos, tornando medíocres as perspectivas sonhadas quando de sua criação. Impossibilitaram a efetivação, concreta, de direitos e liberdades constitucionalmente previstos que careciam de norma regulamentar. Tornaram os institutos verdadeira letra morta.

As páginas antecedentes procuraram mostrar o estudo do mandado de injunção como uma garantia apta à defesa de direitos e liberdades constitucionais, adquiridos, tutelados imediatamente após a promulgação da Constituição, consistindo, ela própria, um direito subjetivo público.

O presente trabalho foi dividido em três partes. Na primeira parte, em um estudo preliminar, trata-se da efetividade das normas constitucionais e da omissão normativa inconstitucional como considerações iniciais ao assunto principal, a segunda analisa de forma racionalizada, sistematizada, o instituto “mandado de injunção”, até encerrar-se nestas considerações finais.

No tópico referente à efetividade das normas constitucionais estudaram-se, de forma evolutiva, as principais classificações quanto à efetividade das normas constitucionais, desde as classificações duais, como a de Cooley, Ruy Barbosa e Pontes de Miranda, às classificações tricotômicas de Azzaritti, Crisafulli, José Afonso da Silva e Luís Roberto Barroso, Celso Antonio Bandeira de Mello, até mesmo as quadripartites como a de Pinto Ferreira e Maria Helena Diniz.

Dentre todas as teorias existentes, goza de ampla aceitação na jurisprudência, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, aquela oferecida por José Afonso da Silva, tendo

sido a teoria escolhida para figurar como pressuposto e fundamento da omissão para fins de impetração de mandado de injunção.

No tocante à omissão e suas modalidades, os elementos para configuração de comportamento omissivo inconstitucional são: existência de uma norma constitucional de eficácia limitada impositiva de um dever específico de legislar ou editar ato administrativo-normativo; a não atuação do Poder ou órgão cuja incumbência foi-lhe imposta pela Constituição; ultrapassagem de prazo previsto na norma constitucional ou de prazo razoável para adoção das providências necessárias.

Dentre os tipos de omissão normativa tem-se a de caráter absoluto ou total, e a de caráter parcial.

A omissão será total ou absoluta se o dever de legislar for integralmente descumprido. Há completa, total, inação por parte do órgão regulamentador. Porém, se tal órgão procura atender ao comando constitucional, mas o faz de forma insuficiente, incompleta, tem-se a omissão parcial.

A omissão parcial envolve, assim, a execução incompleta de um dever constitucional de legislar, que se manifesta em razão (i) do atendimento incompleto do estabelecido na norma constitucional, ou; (ii) do processo de mudança nas circunstâncias fático-jurídicas que venha a afetar a legitimidade da norma (inconstitucionalidade superveniente), ou, ainda; (iii) de concessão de benefício de forma incompatível com o princípio da igualdade (exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade). Esta última modalidade de omissão parcial recebe, por parte da doutrina, uma segunda classificação: omissão parcial relativa.

Na segunda parte do trabalho faz-se um estudo sistematizado do mandado de injunção, analisando sua origem e criação, pressupostos, objeto, natureza jurídica, efeitos da decisão, a autoaplicabilidade de seu dispositivo constitucional, alguns aspectos processuais interessantes, o mandado de injunção coletivo e, finalmente, sua distinção com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, correlacionando diferentes doutrinas e a evolução jurisprudencial do tema.

Inicia-se a segunda parte do trabalho com a análise de Direito Comparado, procurando-se buscar pontos comuns entre o mandado de injunção e institutos alienígenas afins.

Assim, entendeu-se pertinente analisar, ainda que em breves linhas, o “writ of injunction” do Direito inglês e estadunidense, a inconstitucionalidade por omissão do Direito Português, a “Verfassungsbveschwerde” do Direito Alemão, a “ingiunzione” na Itália e a “injonction” na França.

Como visto, a “injunction” inglesa e estadunidense é toda e qualquer ordem permissiva ou proibitiva de um tribunal. Foi definida como um *writ* moldado de acordo com as circunstâncias do caso, ordenando uma ação entendida como essencial para a justiça, ou restringindo um ato tido por contrário à equidade e boa consciência. Este *writ* tem por finalidade proibir entidade pública ou privada de praticar ato lesivo de direito líquido e certo do particular ou da Administração Pública.

O *writ of injunction* não tem relação com o mandado de injunção, a não ser pela coincidência de nome, pois o instrumento anglo-saxão presta-se a solucionar questões de direito público e privado de modo a apresentar um objeto bem amplo em relação ao instituto brasileiro.

Da mesma forma, também não é possível vislumbrar a inconstitucionalidade por omissão como fonte criadora do mandado de injunção.

A inconstitucionalidade por omissão do Direito Português cogita da hipótese do não cumprimento dos direitos fundamentais por omissão das medidas legislativas necessárias à sua exequibilidade, atribuindo-se legitimidade ativa a um pequeno e restrito rol: Presidente da República e Provedor de Justiça (CRP, art. 283), tendo por única consequência possível dar-se conhecimento da omissão ao órgão legislativo competente. Diversamente, o mandado de injunção enseja a qualquer cidadão o direito de exigir o cumprimento imediato do que dispõe a norma inscrita no texto constitucional que não foi regulamentada. É mecanismo apto a dar imediata execução do comando constitucional, não sendo sua finalidade a comunicação do órgão omissor de sua própria inação.

A “Verfassungsbveschwerde” do Direito Alemão também é indicada por parte da doutrina como fonte inspiradora do mandado de injunção. Conforme anteriormente estudado, cuida-se de ação constitucional utilizável quando o órgão ou autoridade pública, por ação ou omissão, violar os direitos fundamentais ou assemelhados previstos na Lei Fundamental, desde que não haja meio processual ordinário de proteção. Por esse meio processual, qualquer jurisdicionado pode apresentar uma reclamação, *per saltum*,

diretamente ao Tribunal Constitucional, atinente à violação, por ação ou omissão, dos próprios direitos fundamentais, por algum órgão público.

Apesar de o instrumento alemão guardar alguma relação com o mandado de injunção brasileiro, em verdade, o recurso constitucional alemão é mais abrangente e seu exercício se dá exclusiva e diretamente no Tribunal Constitucional, tendo maior aproximação com os processos objetivos de controle de constitucionalidade.

A *ingiunzione* italiana também não se confunde com o mandado de injunção. O instituto italiano refere-se a um procedimento sumário, especial, referente às demandas creditícias versando sobre determinada quantia de dinheiro, ou de coisa fungível, ou daqueles que detêm o direito de receber determinada coisa móvel.

Minoritariamente, há quem sustente a origem do mandado de injunção na *injonction* do Direito francês. É instrumento encontrado nos seguintes ramos do direito francês: direito administrativo, direito civil e processo civil. No direito administrativo, consiste em uma ordem dada por um juiz contra uma pessoa pública. No direito civil, por seu turno, consiste numa ordem dada às partes e seus procuradores para provocar a pontualidade deles. E, por fim, no processo civil francês sua utilização se dá para cobrança de pequenos créditos civis e comerciais por meio de um processo simplificado, à semelhança do que ocorre com a *ingiunzione* italiana.

O mandado de injunção, neste trabalho, é tido como um instituto *sui generis*, fruto da criação e originalidade brasileiras, de modo que em nada se assemelha aos institutos de direito estrangeiro estudados.

Diante de tal constatação, passou-se à análise das propostas e debates constituintes, como forma de delimitar as características do mandado de injunção e as perspectivas a ele imaginadas quando de sua criação.

Diversas foram as propostas apresentadas sobre o tema, todas com o objetivo de atribuir ao cidadão um mecanismo apto para assegurar a concretização de seus direitos constitucionalmente previstos e não passíveis de efetivação em razão da falta de norma regulamentadora. Sua trajetória, durante os trabalhos constituintes, foi sempre no sentido de se dar a maior concreção aos preceitos constitucionais, de forma ampla e generosa, sendo o mandado de injunção verdadeiro remédio contra a patologia do descrédito das normas constitucionais frente a omissão inconstitucional.

Após a análise da criação do instituto, partiu-se para o estudo de um conceito de mandado de injunção. Identificaram-se na doutrina alguns elementos comuns aos conceitos estudados, dentre eles: (i) identificação do instituto como ação constitucional; (ii) a ocorrência de falta de norma infraconstitucional regulamentadora que venha a inviabilizar a fruição de direito assegurado pela Constituição.

Assim, percebeu-se que o mandado de injunção pode ser conceituado como uma ação constitucional, de natureza civil e rito especial, colocada à disposição de qualquer pessoa, física ou jurídica, inclusive entes despersonalizados dotados de capacidade processual, como meio de controle concreto ou incidental da inconstitucionalidade por omissão, objetivando a proteção de direitos individuais ou coletivos, sempre que a falta de norma infraconstitucional regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O mandado de injunção somente pode ser exercitado quando presentes determinados pressupostos. São eles: (a) a existência de direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania; (b) necessidade de uma regulamentação que torne esse direito exercitável; (c) a falta de norma regulamentadora do direito ou liberdade constitucional, ou da prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania; (d) a inviabilidade o exercício do direito ou liberdade constitucional, ou da prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania, em virtude da falta de norma regulamentadora; (e) nexo de causalidade entre a omissão e a inviabilização.

A via injuncional é cabível sempre que um direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania tenha seu exercício inviabilizado por ausência de qualquer medida que torne inefetiva norma constitucional, de modo que a expressão “norma regulamentadora”, utilizada pelo texto constitucional deve ter a mais ampla interpretação, não se restringindo apenas às espécies normativas.

A aferição da omissão e mora se dá ou pela superação do prazo fixado pela própria Constituição para regulamentação do direito, liberdade ou prerrogativa, ou, na ausência desta previsão temporal, por um juízo de razoabilidade consubstanciado na análise casuística da relevância da matéria e a superação do prazo razoável para edição do ato legislativo necessário à efetividade da norma constitucional.

O objeto do mandado de injunção pode ser dividido em duas categorias: (1ª) os direitos e liberdades constitucionais; e, (2ª) as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Apesar da divergência doutrinária apresentada, assentou o Supremo Tribunal Federal que o objeto do mandado de injunção engloba quaisquer direitos, carentes de regulamentação, previstos na Constituição, uma vez que objetiva possibilitar a imediata fruição de direitos constitucionalmente assegurados, inclusive aqueles derivados da soberania popular, como o direito ao plebiscito, o direito ao sufrágio, a iniciativa legislativa popular (art. 14, I, III), bem como os chamados direitos sociais (CF, art. 6º), desde que o impetrante esteja impedido de exercê-los em virtude de omissão legiferante.

A classificação da natureza jurídica do mandado de injunção é importante para se verificar o interesse de agir do impetrante e o alcance da sentença proferida. Como visto, trata-se de uma ação civil, de rito especial (mesmo rito do mandado de segurança) e, no tocante aos efeitos da decisão, mandamental ou constitutiva, dependendo do objeto a ser buscado.

Um dos pontos mais controvertidos em relação ao mandado de injunção está relacionado aos efeitos da decisão de procedência nele proferida.

Em seus vinte e um anos de existência, o mandado de injunção conta, basicamente, com três correntes de pensamento a respeito dos efeitos da decisão concessiva: para a primeira, denominada não-concretista, a decisão tem como objetivo reconhecer a mora legislativa e dar ciência ao órgão responsável pela omissão; para a segunda, denominada concretista individual, a decisão objetiva estabelecer, concretamente, a regra faltante, apenas para o caso considerado; e, para a terceira, conhecida como concretista geral, a decisão objetiva estabelecer a regra faltante, com caráter “erga omnes”.

O Supremo Tribunal Federal vem julgando, desde a promulgação da Constituição de 1988, mandados de injunção, sob os mais variados temas, alterando substancialmente o conteúdo de suas decisões com o passar dos anos, em particular em relação ao alcance do instituto, indicando-se os seguintes posicionamentos:

a) em situações concretas diversas, entendeu, como já referido, que a ação visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade da omissão do poder legiferante, no caso de mora do poder competente na edição de norma regulamentadora, dando-se, apenas,

ciência ao poder competente para adotar as providências necessárias para suprir a omissão (MI 107-DF / 23.11.1989; MI 168-RS / 21.3.1990; MI323-DF / 08.4.1994);

b) quanto à isenção de contribuição para a seguridade social prevista no art. 195, §7.o, da CF/88, reconheceu a mora do Congresso Nacional na edição da regulamentação do preceito constitucional e fixou prazo de seis meses para ele adotar as providências legislativas necessárias para o cumprimento do dispositivo constitucional, sob pena de vencido esse prazo sem que se cumpra a obrigação, passar o impetrante a gozar da imunidade requerida (MI 232 – RJ / 02.8.1991);

c) no que concerne ao gozo do direito à reparação econômica contra a União outorgado pelo art. 8.o, § 3.o, do ADCT, reconheceu a mora legislativa na edição da lei regulamentadora. Fixou, no entanto, prazo para a purgação da mora e, no caso de subsistência da lacuna, facultou ao titular do direito obstado a obtenção em juízo, contra a União, de sentença líquida e certa de indenização por perdas e danos (MI 283-DF / 20.3.1991);

d) ainda em relação ao gozo do direito à reparação econômica prevista no art. 8.o, § 3.o, do ADCT, reconheceu a mora legislativa do Congresso Nacional na edição da norma regulamentadora, e assegurou aos impetrantes o exercício da ação de reparação patrimonial nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de se beneficiarem, no futuro, da lei a ser editada, naquilo que lhes for mais favorável que o disposto na decisão judicial (MI 562-RS / 20.02.2003);

e) em ação que objetivava a obtenção de efetividade em relação à norma inscrita no art. 37, VII, da CF/88, decidiu que o mandado de injunção é ação constitutiva, e não ação condenatória, não se prestando para condenar o Congresso ao cumprimento de obrigação de fazer, não cabendo a cominação de pena pecuniária pela continuidade da omissão legislativa (MI 689-PB / 07.6.2006);

f) ainda em relação ao direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF/88, reconheceu a mora legislativa e supriu a omissão legislativa com a aplicação, no que coubesse, da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada (MI 712-PA, MI 708-DF e MI 670-MS/ 25.10.2007).

O estudo evolutivo da jurisprudência do STF é de grande importância para se entender a conformação atual do instituto. Num primeiro momento, logo nas primeiras utilizações dessa garantia, o Supremo Tribunal Federal enfrentou um problema relativo à autoaplicabilidade do art. 5º, LXXI, da CF.

A tese da autoaplicabilidade do art. 5º, LXXI da Constituição Federal, como demonstrado no transcorrer deste trabalho, foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do MI-QO 107-DF, ocorrido em 21 de setembro de 1990, relatado pelo Min. Moreira Alves.

Entendemos que outra solução para a questão não seria possível. Isso, porque o art. 5º, § 1º da CF prevê aplicação imediata às normas definidoras de garantias fundamentais, além de que seria irrazoável a criação de uma garantia constitucional que tivesse como objetivo possibilitar a efetivação de direitos constitucionais dependentes de regulamentação, quando a própria garantia instrumental fosse inaplicável exatamente por também depender de regulamentação ainda inexistente. E, por fim, o segundo substitutivo da Comissão de Sistematização, na Constituinte de 1987/1988, chegou a prever a necessidade de regulamentação do instituto por lei complementar, mas na redação final essa disposição foi retirada, o que também aponta para o desprezo do Constituinte quanto à necessidade de complementação da eficácia deste dispositivo constitucional, evidenciando sua autoaplicabilidade.

Quanto aos aspectos processuais estudados, vimos que ao mandado de injunção aplica-se o rito procedimental do mandado de segurança naquilo que lhe for compatível.

Relativamente aos sujeitos processuais, o mandado de injunção individual pode ser impetrado por qualquer pessoa, física ou jurídica, inclusive por entes despersonalizados dotados de capacidade processual, desde que titulares de direito subjetivo relativo à direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Defende-se a legitimidade ativa dos sindicatos e do Conselho Federal da OAB para impetração do *writ*. Quanto ao sujeito passivo, entende o STF que o caráter

essencialmente mandamental do mandado de injunção impõe a definição, como legitimado passivo *ad causam*, do órgão público inadimplente, em situação de inércia inconstitucional, ao qual é imputável a omissão causalmente inviabilizadora do exercício de direito, liberdade e prerrogativa de índole constitucional. Acrescentou, ainda, que somente pessoas estatais podem figurar no polo passivo da relação processual instaurada com a impetração do mandado de injunção.

Quanto à competência, em relação aos Tribunais Superiores, está expressamente fixada na Constituição Federal. Se o mandado de injunção não for impetrado contra qualquer das pessoas ou entidades constantes da letra ‘q’, do item I, do art. 102 da CF, a competência para processá-lo e julgá-lo não será do STF. Nesse caso, competente será o STJ em razão do disposto no art. 105, I, “a”, da CF, tendo em vista a inexistência de qualquer norma regulamentadora para definir a competência quanto a mandado de injunção da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal. Nas constituições estaduais há previsão de competência dos Tribunais de Justiça, ora ampliada ora reduzida, para julgamento das ações de mandado de injunção, não sendo a regra, todavia, a atribuição de competência para sua apreciação ao juízo de primeira instância.

Quanto à petição inicial, não há nada a se acrescentar. Deve-se atender aos requisitos previstos especificamente no art. 6º, *caput*, da Lei 12.016/2009 e de forma genérica no art. 282 do Código de Processo Civil.

Em relação à desistência da ação, o impetrante poderá desistir da injunção a qualquer tempo, sem necessidade de oitiva da parte contrária, da mesma forma que se verifica com o mandado de segurança. Porém com relação ao mandado de injunção coletivo, entendeu o STF pela impossibilidade de desistência uma vez iniciado o julgamento.

A possibilidade de liminar em mandado de injunção é ponto que merece destaque. Como todas as questões relevantes em mandado de injunção, a admissibilidade de liminares nesse *writ* jamais foi algo pacífico. O STF sempre a inadmitiu, tendo em vista que no mérito, ao igualar os efeitos da decisão em mandado de injunção aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Tribunal estaria apenas autorizado a cientificar o órgão inadimplente para que este adotasse as providências necessárias à superação do estado de omissão inconstitucional. Ocorre que, com a mudança de posição daquela corte

frente aos efeitos da decisão na injunção, descabida é a objeção ao cabimento de liminares fundada na remansosa jurisprudência do STF.

Além disso, a Lei nº 12.063/2009, ao prever a admissibilidade de cautelar em ADIO, permite a aplicação, por analogia, ao mandado de injunção, sempre que estiverem presentes os fundamentos de toda cautelar, já que se admite, a partir do estudo de jurisprudência do STF, o diálogo e intercâmbio entre os modelos de controle de constitucionalidade como inequívoca tendência a ampliar a feição objetiva do processo de controle incidental.

No tocante às provas, deverão ser, igualmente ao que se dá em mandado de segurança, pré-constituídas.

Quanto aos recursos, são admitidos, tendo em vista que o mandado de injunção é modalidade de ação.

No que tange à coisa julgada, essa também deverá ser respeitada. A superveniência de lei regulamentadora acerca de matéria decidida pelo STF em ação individual, com efeitos *inter partes*, não prejudicará a coisa julgada, aplicando-se a nova lei apenas em benefício do impetrante.

Quanto ao mandado de injunção coletivo, a doutrina controvertia acerca de sua admissibilidade. Hoje esta discussão está superada. De mais a mais, as decisões paradigmáticas sobre o *writ*, na atualidade, são todas em mandados de injunção coletivos.

Por fim, no confronto entre o mandado de injunção com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem-se que, apesar de os dois institutos fundarem-se no controle da omissão inconstitucional, são institutos distintos, com peculiaridades próprias, como o direito tutelado, objeto da ação, legitimidade ativa, competência e rito procedimental.

Diante do estudo apresentado é fácil perceber que muitas das questões envolvendo o mandado de injunção ainda fomentam grandes debates.

O processo de transformação e conformação do instituto descrito e analisado neste trabalho é também um processo em curso. Seu ponto de chegada ainda não é claro e a proposta da presente pesquisa não foi a de identificá-lo ou profetizá-lo, senão apenas a de apresentar e explicitar de forma sistematizada o próprio processo de modificação e com isso possibilitar o melhor conhecimento e manejo do *writ*.

Os novos rumos traçados pelo STF indicam a retomada da efetividade dessa garantia constitucional, possibilitando a revisitação de conceitos antigos, adaptando-os à realidade social e proporcionando atuação no sentido de garantir a máxima eficácia das normas constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKEL FILHO, Diomar, *Writs constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, mandado de segurança, habeas data*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- ALMEIDA FILHO, Agassiz. Controle de inconstitucionalidade por omissão em Portugal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 38, n. 152, out/dez., 2001, pp. 115-133.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. 2. ed. São Paulo: Cia das Letras, 1989.
- AZZARITI, Gaetano. *Problemi attuali di diritto costituzionale*. Milano, Dott A. Giufre Editore, 1951.
- BACHA, Sérgio Reginaldo. *Mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- BARBI, Celso Agrícola, Mandado de Injunção. In.: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 387-396.
- _____. Mandado de injunção. *Revista de Processo*, v. 16, n. 61, p.63-69, jan./mar. 1991.
- _____. Mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 77, n. 637, p. 7-12, nov. 1988.
- BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1933.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. – Campinas, SP: Millenium Editora, 2007.
- _____. *Direito humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____. O nó górdio do sistema misto. In: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. TAVARES, André Ramos; ROTHNBURG; Walter Claudius (Org.). São Paulo: Atlas, 2001, pp. 180-197.
- _____. O senado e o controle de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 1, jan.-jun., 2003, pp. 163-180.

- _____. Inconstitucionalidade das Leis 9868/99 e 9882/99. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, n.2, jan.-jun., 2000, pp. 193-199.
- _____. Simplificação do controle de constitucionalidade. In: *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 593-617.
- BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção: perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. *Revista de Direito Administrativo*, 191:1, 1993.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009a.
- _____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.
- _____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. Democracia. In: _____. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v.1.
- _____. BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36, n. 142, p. 35-52, abr./jun. 1999.
- BERMUDES, Sérgio Bermudes. O mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 78, v. 642, p. 21-25, abr. 1989.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BORJA, Célio. O mandado de injunção e o *habeas data*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 85, n. 306, p. 43-32, abr./jun. 1989.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. 2. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- CARRAZA, Roque. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. *Justitia*, São Paulo, v. 55, n. 163, p. 35-52, jul./set. 1993.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968.
- CAVALCANTE, Francisco Ivo Dantas. *Mandado de injunção*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1936.
- CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- COELHO, Inocêncio Mártires Coelho. Sobre a aplicabilidade da norma constitucional que instituiu o mandado de injunção. In: *Antologia luso-brasileira de direito constitucional*. SARAIVA, Paulo Lopo (Coord.), Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica Ltda., 1992, pp. 138-155.
- COOLEY Thomas M. *A Treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of American Union*. 6th Ed, 1890.
- CRETELLA JR, José. *Os writs na constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, ação popular*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- CRISAFULLI, Vezio. “Efficacia delle Norme Costituzionali ‘Programmatiche’”. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 1, Milão, Giuffrè, janeiro/março de 1951, pp. 360-380.
- CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizione di principio*. Milano: Giuffrè, 1952.
- CUNHA JR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda, Mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 788, p. 727-746, jun. 2001.

- DEMO, Roberto Luis Luchi. As medidas provisórias do Poder Judiciário: o novíssimo perfil constitucional do mandado de injunção a partir da histórica sessão plenária do Supremo Tribunal Federal em 7 de junho de 2006. *Ajuris*, n. 105, mar. 2007.
- DESTEFENNI, Marcos. Admissibilidade ou não das ações mandamentais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Jurídica*, Campinas, v. 15, n. 1, p. 46-57, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- DINIZ, Rivanildo Pereira. *Controle da inconstitucionalidade por omissão*. Poços de Caldas: Sulminas, 2003.
- DINIZ, Maria Helena, *Norma Constitucional e seus efeitos*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
- DUARTE, Marcelo. Mandado de injunção. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte: Nova Alvorada, v. 34, jul./ago 1990.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. Constituinte - Regras para a Eficácia Constitucional. *Revista de Direito Público*, n. 76, São Paulo: 1985.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 23, n. 89, jan./ mar., p. 49-61, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aplicabilidade das normas constitucionais. . In: *Antologia luso-brasileira de direito constitucional*. SARAIVA, Paulo Lopo (Coord.), Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica Ltda., 1992, PP. 213-224.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 34. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- FERREIRA, Luiz Pinto. Eficácia (direito constitucional), in *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- _____. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1.
- _____. *Teoria e prática do mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- GARCIA, Maria. Efeitos do mandado de injunção e o princípio da separação de poderes. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, v.1, n. 3, abr.-jun. de 1993, p. 80-84.

- GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. West Croup, 7th edition, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 647, set. 1989, p. 39-44.
- GOMES, Randolpho. *Mandado de injunção*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1989.
- GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1.
- _____. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Anotações sobre institutos de Direito processual constitucional no Brasil: mandado de segurança e Mandado de Injunção. *RPGE*, Fortaleza, 6 (8), 1989.
- GUIMARÃES, Ylve José de Miranda. *Comentários à Constituição: Direitos e garantias individuais e coletivas*. Rio de Janeiro, 1989.
- HAGE SOBRINHO, Jorge, A realização da constituição, a eficácia das normas constitucionais e o mandado de injunção. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, n. 9, jan./jun. 1997, p. 111-142.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo, Martins Fontes, 2003.
- LACERDA, Galeano. Revisão do conceito de federação; sistema de recursos e de ações constitucionais; abolição do mandado de injunção. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. N. 3, abr.-jun. de 1993, p. 246-253.
- LEÃO, Ana Raquel Nogueira Vilela, Mandado de injunção e emenda constitucional nº 45/2004. *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 15, ago. 2005, P. 572-575.
- LENZA, Pedro. Ativismo judicial: a Separação de Poderes e o controle das omissões legislativas. *Jornal Carta Forense*, 8 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=3316>. Acesso em: 10/05/2009.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1970.
- MACEDO, Elaine Harzheim, O meio ambiente e a efetividade da tutela judicial em sede de mandado de injunção e de outras ações constitucionais. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 97, mar. 2005, p. 69-86.

- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara, *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2004.
- MACIEL, Adhemar Ferreira, Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. In.: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 363-385.
- _____. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. Brasília, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 26, n. 101, p. 115-134, jan./mar. 1989.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, v. 1.
- MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (falsos) dogmas. Direito processual coletivo I. *Revista de direitos difusos*. v. 36, março-abril, São Paulo: IBAP, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data. 13ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, G. G.. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3 ed. rev. e ampl. – São Paulo, 2007.
- _____. *Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional*. Discurso proferido no 14º Congresso da Conferência de Cortes Constitucionais Européias em 4 de junho de 2008a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Omisao_Legislativa_v__Port.pdf>. Acesso em 12 dez. 2008.
- _____. A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no direito brasileiro. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, janeiro/fevereiro/março, 2008b. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 12/05/2009.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, t. IV. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972.

- MIRANDA, Jorge. A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 11, p. 23-26, maio/ago, 2000.
- _____. *Manual de Direito Constitucional*. – preliminares à experiência constitucional – t.1. 3 ed. Coimbra Editora, 1985.
- _____. *Manual de Direito Constitucional*. t. 2. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.
- MORAES, Alexandre de, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de injunção. *Revista de Processo*. v. 56. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez 1989, pp. 110-121.
- MOREIRA, Wander Paulo Marota. Notas sobre o mandado de injunção. In.: *Mandado de injunção: estudos de direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord) São Paulo: Saraiva, 1990.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A natureza do mandado de injunção. *Revista estudos jurídicos*. São Leopoldo-RS: UNISINOS, v. 23, n. 57, jan-mar, 1990, p. 66.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Mandado de segurança e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Mandado de injunção: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas, jurisprudência*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data: constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, *Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas, 1999.
- PIOVESAN, Flávia, *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

- QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- QUEIROZ, Luís Cesar Souza de, Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 23, abr./jun. 1998, 197-237.
- RAMOS, Elival da Silva. *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*. Tese para inscrição em concurso de professor titular junto ao Departamento de Direito do Estado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 2. ed. São Paulo: Ed. Martins, 1960.
- REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de segurança individual e coletivo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ROSA, André Vicente Pires. *Las omisiones legislativas y su control constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Sull'efficacia abrogante delle norme della Costituzione italiana*. Foro Padano, 1950, IV.
- SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. As novas garantias constitucionais e sua procedimentalização: questões polêmicas. *Revista do Advogado*, n. 34, p. 23-36.
- _____. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. *Mandado de injunção*. São Paulo: Paumape, 1988.
- SARAIVA, Paulo Lopo. O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília n. 108, out.-dez., 1990, p.77-92.
- SIDOU, J. M. Othon. “*Habeas corpus*”, *mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”, ação popular*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1998.
- _____. *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

- SILVA FILHO, Derly Barreto e, *Mandado de injunção: sua atual concepção*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 692, jun. 1993.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Mandado de injunção*. In.: *Mandado de injunção: estudos de direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord) São Paulo: Saraiva, 1990.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. *Lineamentos do mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- SLAIB FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- SOUZA, Nelson Oscar de, *Manual de direito constitucional*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- STRECK, Lênio. *O Mandado de Injunção no Direito brasileiro*. Rio Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991.
- STRENGER, Irineu. *Mandado de injunção*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Mandado de Injunção*. RDP, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 94. p. 148.
- TAVARES, André Ramos, *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.
- THEODORO JR., Humberto Theodoro. *Processo de conhecimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Mandado de injunção*. In: *Mandado de injunção: estudos de direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). São Paulo: Saraiva, 1990, p. 423-430.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Roberto. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VALENTINI, Antonio. *Lineamenti di uno studio sui principi costituzionali*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As novas garantias constitucionais. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 644, p. 13, jun. 1989.

_____. A nova feição do mandado de injunção. *Revista de Direito Público*, n. 100, out./dez. 1991, p. 172.

_____. *Mandado de segurança, Mandado de Injunção e institutos afins na Constituição. Temas de Direito publico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.