

JOVIANO SILVA LOPES

**A INOPERÂNCIA DO JUDICIÁRIO PERANTE O MANDADO DE INJUNÇÃO
E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO**

FORTALEZA - 2006

JOVIANO SILVA LOPES

Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará

**A INOPERÂNCIA DO JUDICIÁRIO PERANTE O MANDADO DE INJUNÇÃO
E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO**

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a honrosa orientação do Professor Danilo Santos Ferraz, e com a ilustre participação na banca avaliadora do Professor Abimael Clementino Ferreira de C. Neto, e do Bacharel em Direito Filipe Silveira Aguiar, no segundo semestre de 2005.

FORTALEZA - 2006

Dedico este trabalho aos meus pais, Joviano e Rose Marie.

RESUMO

O presente trabalho consiste na tentativa de demonstrar que dentro da ordem constitucional hoje no país, é perfeitamente cabível aos legitimados postular ao Judiciário, por meio do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão, que se condene o Poder Público à que se dê solução a essa inconstitucionalidade, e não apenas declare-a, o que infelizmente ocorre na prática, pois não há eficácia nisso.

No primeiro capítulo, será caracterizada a evolução do controle de constitucionalidade na história e a inconstitucionalidade em si, tanto a de atos comissivos (ação), quanto atos omissivos (omissão). Falaremos também da Ação de Inconstitucionalidade Por Omissão, instituto tão importante no ordenamento jurídico brasileiro, no que tange à defesa da integridade de nossa Lei Fundamental, controlando abstratamente a inconstitucionalidade por atos omissivos para conceder eficácia plena às normas constitucionais.

No capítulo seguinte, dissecaremos o Mandado de Injunção, outro remédio constitucional para sanar a inconstitucionalidade omissiva, mas por sua legitimidade ativa ser tão ampla (pessoas físicas e jurídicas), é um verdadeiro garantidor de direitos, ou melhor, garantidor do próprio Estado de Direito.

Posteriormente trataremos das diferenças entre esses dois institutos, que não se confundem por terem partes, objetos e operatividades diferentes.

Finalmente, no último capítulo, serão trazidos mais alguns exemplos jurisprudenciais indicando a postura tradicional dos magistrados e tribunais a respeito do assunto, bem como um novo entendimento que começa, lentamente, a aparecer.

<u>SUMÁRIO</u>	<u>PÁGINA</u>
1. INTRODUÇÃO;	8
2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE;	10
2.1. Evolução Histórica;	10
2.2. Conceito e Tipos de Inconstitucionalidade;	13
2.3. Nossa Constituição Frente aos Atos Inconstitucionais;	17
2.3. A Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão;	19
3. MANDADO DE INJUNÇÃO;	26
3.1. Origem;	26
3.2. Conceito;	29
3.3. Legitimidade;	40
3.4. Competência;	42
3.5. Pressupostos;	43
3.5.1. Abrangência;	43
3.5.2. Existência de Um Direito Constitucional Sem Regulamentação;	44
3.5.3. Mora Normativa;	47
3.6. Decisão e Efeitos;	49

4. O CONFRONTO ENTRE O MANDADO DE INJUNÇÃO E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO;	54
5. DECISÕES IMPORTANTES PROFERIDAS NO MANDADO DE INJUNÇÃO E NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO;	60
6. CONCLUSÃO;	70
7. BIBLIOGRAFIA;	73
8. ARTIGOS.	78

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição de 05 de outubro de 1988, foram incorporados no ordenamento jurídico brasileiro os nominados direitos e garantias fundamentais.

Percebe-se logo de início na chamada “Constituição Cidadã”, em seu art. 5º, parágrafo 1º, que há a “*aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais*”,

Nessa mesma Carta Política, houve a instituição de dois remédios diversos, o Mandado de Injunção, no inciso LXXI do art. 5º e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, no § 2º do art. 103 da Constituição Federal.

Esses remédios constitucionais foram criados para enfrentar os diferentes problemas que decorrem da ausência de normas regulamentadoras, e demonstram uma grande preocupação por parte do Constituinte com as omissões normativas.

Diante desses fatos, inúmeros foram os estudos relacionados a esta temática que surgiram e ainda jorram com grande força até hoje. A expectativa criada com a adoção desses institutos no ordenamento constitucional brasileiro levou à propositura de inúmeras ações de Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Nessa enxurrada de ações de tal monta, o Supremo Tribunal Federal viu-se obrigado a adotar uma posição em relação ao significado desses institutos na ordem constitucional brasileira, assim como suscitou uma intensa discussão entre os doutrinadores sobre a aplicação dos citados institutos processuais.

Esta presente monografia objetiva analisar o significado e a natureza destes dois remédios constitucionais, tais quais o Mandado de Injunção e Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, chamados inclusive por alguns de “heróicos”, desde seu surgimento, até as transformações sofridas na atualidade, assim como assinalar a fundamental importância destes institutos para a garantia da efetivação dos princípios democráticos presentes nos atuais Estados Constitucionais de direito, apesar de muitas vezes serem desprezados em sua importância pelo Estado-Juiz.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Na época do Estado Liberal, a justificação das liberdades exigia uma prestação negativa, um dever de não-agir por parte do Estado. Ao surgir o Estado Social, a liberdade perde o seu carácter absoluto e passa a compartilhar com o valor a igualdade, não apenas a formal, mas essencialmente a material.

A partir dessa necessidade de garantir as conquistas liberais da Revolução Francesa em relação aos direitos individuais, surgiu o controle de constitucionalidade, com sua inclusão inclusive no texto constitucional de 1791.

Sieyès, tentando pôr em prática essa idéia, propôs a criação de um órgão denominado *jurie constitutionnaire*, composta de membros indicados na assembleia. A idéia fora remodelada, por ter sido considerada muito perigosa, o que culminou em sua transformação no *Sénat Conservateur* (Senado Conservador).

O *Sénat Conservateur* teve sua idéia inicial invertida, pois atendera mais aos interesses de Napoleão do que aos cidadãos, que por fim levou à instituição do Consulado Vitalício e o Império.

Após essa primeira tentativa frustrada de controle de constitucionalidade, veio o controle jurisdicional americano, que,

diferentemente do modelo francês, surgiu após a Constituição, referenciando-a implicitamente.

Em 1920, emergia a Constituição Austríaca, baseada nos ensinamentos kelsianos, aos quais era a Constituição o vértice da pirâmide jurídica, e, desse modo, referência obrigatória na criação das leis infraconstitucionais. Segundo Clémerson Clève, "Para Kelsen, o fato de uma lei contrariar a Constituição não se deve deduzir que ela seja nula ou inexistente".¹

Pertinente a esse assunto é um trecho da *Teoria Pura do Direito*, onde Hans Kelsen ensina que,

"se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, que dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posteriori derogati priori*, mas também através de um processo especial, previsto na Constituição."²

O modelo austríaco determinava que somente um órgão com competência especializada e concentrada, de composição adequada, poderia exercer esse controle da constitucionalidade. Nessa conjuntura, criou-se o Tribunal Constitucional, cuja fiscalização era abstrata e principal, pois

¹ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Ed. Revista dos Tribunais, pág. 54.

² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Armênio Amado Editor, 4ª edição, 1979, pág. 367.

independia de conflito em caso concreto, realizado através de ação própria, direta ou por recurso de constitucionalidade num caso concreto.³

Objetivando garantir a Constituição como um todo, foram criados mecanismos destinados a impedir a permanência de normas jurídicas contrárias ao seu texto ou ao seu espírito. Michel Temer leciona que,

*"Pressupõe, necessariamente, a supremacia da Constituição; a existência de escalonamento normativo, ocupando, a Constituição, o ponto mais alto do sistema normativo. É nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Aquele, ao inovar a ordem jurídica, infraconstitucional, haverá de obedecer à forma prevista e ao conteúdo anteposto. Se um deles for agravado, abre-se espaço para o controle da constitucionalidade daquele ato normativo cujo objetivo é expelir, do sistema, o ato agravador."*⁴

Nesse contexto, exigiu-se do Estado uma ação nos mais variados meios sociais, culturais, econômicos, etc, tendo por fim a garantia dos direitos sociais do cidadão para fazer frente à crescente desigualdade econômica.

Para completar, podemos citar Claude Lefort, que, ao fazer referência aos direitos de crédito dos cidadãos frente ao Estado, defende:

"Não basta afirmar juridicamente a liberdade. O uso desta pressupõe a capacidade de gozá-la. O direito de livre expressão pressupõe a capacidade de exteriorização e de organização dos recursos intelectuais; o direito à inviolabilidade do domicílio pressupõe a prévia existência de uma casa, de uma morada, de um domicílio. O

³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Apontamentos Sobre o Controle de Constitucionalidade*. RPGESP dez/90.

⁴ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. Malheiros Editores, 11ª Edição, 1995, p. 40.

direito à educação pressupõe a existência de meios (alimentação, transporte, v.g.) sem os quais, ainda que oferecida gratuitamente pelo Estado, não poderá ser usufruída. Os direitos de crédito são o solo sobre o qual floresce a capacidade, complemento indispensável das liberdades no e contra o Estado. E estas, numa cadeia contínua, são o terreno a partir do qual novas liberdades e gerações de direitos poderão emergir.”⁵

CONCEITO E TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Para entendermos os atos omissivos inconstitucionais, tema central nessa discussão acadêmica, devemos precipuamente ter ciência do que são atos inconstitucionais - o que faremos a seguir de forma breve, mas claro, sem faltar com a profundidade necessária.

Entende-se que ato jurídico inconstitucional é aquele que tem conteúdo ou forma que se contrapõe, de maneira expressa ou implícita, ao conteúdo de um dispositivo constitucional.

Há, nesse ato, a chamada “incompatibilidade vertical”, pois é a Constituição quem rege todas as outras espécies normativas de modo hierárquico, tanto do ponto de vista material (conteúdo da norma), quanto formal (procedimental).

⁵ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 213.

Podemos dizer indubitavelmente, que a inconstitucionalidade pode advir da desconformidade tanto do ato normativo (inconstitucionalidade material), como do processo de elaboração com alguma regra ou princípio constitucional (inconstitucionalidade formal).

A inconstitucionalidade formal ocorre quando uma lei é elaborada adotando procedimento diverso daquele disposto na Constituição, ou ainda, quando feita por um órgão incompetente. Assim, a inconstitucionalidade formal resulta em vício de elaboração ou vício de incompetência.

O ato normativo será materialmente inconstitucional quando no momento de sua elaboração, não se observar o disposto na Constituição, confrontando-o com os princípios e regras que compõem a mesma.

Assim se procede, haja vista todos os dispositivos constitucionais serem dotados de plena normatividade, tanto as regras quanto os princípios constitucionais vinculam que toda a produção normativa seja feita à luz dos mesmos.

Segundo o conspícuo doutrinador, Clémerson Cléve, encontra-se há muito tempo superado o entendimento segundo o qual as normas programáticas não seriam “normas” e nem serviriam de parâmetro programático, mas, pelo contrário são dotadas de plena normatividade. E ainda acrescenta:

“A doutrina vem procurando definir a Constituição como um ‘sistema aberto de princípios e preceitos’. Os princípios, ninguém

desconhece, possuem características que os diferenciam das regras ou preceitos. Dispõem de maior grau de abstração e, portanto, menor grau de densidade normativa, e bem por isso sintetizam, fundamentam e estruturam o sistema constitucional. Além disso condensam as idéias estruturais do sistema, razão pela qual, em geral os preceitos constituem desdobramentos de idéias-sínteses engessadas nas disposições principiológicas.”⁶

É possível igualmente ocorrer inconstitucionalidade material, quando a norma editada tem por objetivo o alcance de determinados fins incompatíveis com as finalidades constitucionais. Nessa situação ocorre o chamado “desvio (ou excesso) de poder do Legislativo”.

Outra situação ainda de inconstitucionalidade material acontece quando, apesar da norma ter sido editada para realizar os propósitos dispostos na Constituição, o faz de modo impróprio ou sem obedecer a proporcionalidade. Aqui temos exemplo de manifesta conspurcação do princípio da razoabilidade dos atos por parte do Poder Público.

A inconstitucionalidade poderá ocorrer por duas espécies de atos do Poder Público: os comissivos (ação) e os omissivos (omissão).

É certo que a inércia do Poder Público e o silêncio do legislador também ofendem a Constituição, levando à ocorrência de uma forma específica de ilegitimidade, a inconstitucionalidade por omissão.

⁶ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pg. 35.

O raciocínio inicial da omissão é de que, se a Constituição é jurídica, detém virtualmente força jurídica, portanto não é admissível ou factível que aqueles que têm o dever de cumpri-la, de aplicá-la, não o façam.

A inconstitucionalidade por omissão ocorre deste modo, ou seja, quando o Poder Público deixa de praticar os atos legislativos ou executivos que além de necessários, são indispensáveis para tornar aplicáveis as normas constitucionais. Aqui vale lembrar o ensinamento de Anna Cândida da Cunha Ferraz, que afirma ser uma "*inatividade consciente na aplicação da Constituição*".⁷

A preocupação com a omissão foi identificada primeiramente no movimento constitucional europeu, traduzido na expressão "Constituição Vinculante".

Podemos pensar que a omissão fora criada em razão da falta de órgãos especializados para o debate, o confronto das lides constitucionais. Outro motivo que deve ser observado em sua criação é a sistemática da negativa dos preceitos constitucionais programáticos.

A linha de comando da inconstitucionalidade por omissão, pode ser verificada toda vez que determinada norma regulamentadora de certa relação jurídica deixe de ser observada pelo seu destinatário. Em outras palavras, quer nos parecer que aquele que deveria dar implemento à vontade constitucional não o concretizou.

⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *A Inércia no Plano Constitucional*. RPGESP 19/90.

O direito constitucional sempre conheceu meios para afastar atos comissivos inconstitucionais do Poder Público. Entretanto inexistiam soluções para restaurar as omissões inconstitucionais. Hoje conhecemos dois recursos para afastar a inércia do Poder Público, principalmente no que tange à omissão legislativa inconstitucional. Como exemplo, no Brasil, podemos citar o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão.

NOSSA CONSTITUIÇÃO FRENTE AOS ATOS INCONSTITUCIONAIS

As Constituições dos Estados Democráticos hodiernos carecem ser potencializadas por uma dogmática constitucional realmente democrática. A partir do momento que são unificados no âmbito das constituições contemporâneas os direitos fundamentais, que apregoam os valores fundantes da sociedade e condição indispensável ao exercício da cidadania, torna-se essencial a busca de meios jurídicos para sua eficiente aplicação.

Trazemos novamente à baila o egrégio constitucionalista Clémerson Merlin Cléve, que em uma de suas passagens disse,

“não se pode correr o risco de fazer dela uma *Constituição normativa* na parte que toca os interesses das classes hegemônicas e uma

Constituição nominal na parte que toca os interesses das classes que buscam emancipação.”⁸

Como já dissemos, a efetiva concretização das normas constitucionais pressupõe a existência de uma dogmática constitucional que enfrente não apenas os casos de violação por atos comissivos, como também o seu descumprimento em virtude de ato omissivo. Desta forma reconhecer-se-iam como inconstitucionais os atos comissivos e omissivos, desde que maculadores dos dispositivos da Carta Fundamental.

A construção desta específica categoria (inconstitucionalidade por omissão) surgiu ao longo de um intenso processo de transformação do papel e meio de organização do Estado.

Devemos salientar que é importante nessa nova conjuntura, a criação de instrumentos constitucionais suficientes para dar conta da abstenção legiferante, enquanto violação negativa de direitos constitucionalmente garantidos.

Constitui verdade reverberante na atualidade, o papel de preeminência exercido pela Constituição, a qual consiste na lei maior, fonte suprema da produção normativa, cujos enunciados (regras e princípios) que a compõem também são preceitos dotados de efetiva operacionalidade e vinculabilidade à prática jurídica. De acordo Ruy Samuel Espíndola,

⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 209-210.

“ ... não interessam a qualidade das matérias reguladas na Constituição, ou a natureza das normas que as expressam formalmente, pois todas elas, sem exceção, têm juridicidade, vinculatividade e atualidades de normas jurídicas, de normas constitucionais. Está hoje definitivamente superada a idéia da Constituição como um simples concentrado de princípios políticos, cuja eficácia era a de simples directivas que o legislador ia concretizando de forma mais ou menos discricionária. E mais: como norma, seus preceitos vinculam tanto os órgãos do poder estatal quanto os cidadãos e as instituições particulares.”⁹

As normas constitucionais, desse modo, possuem eficácia imediata, mas deve-se observar, apenas, o grau de eficácia imediata alcançado pela norma, seja ele maior ou menor. Há regras jurídicas que reclamam a expedição de um comando complementar da vontade constitucional para suprir a sua insuficiência e tornar a sua incidência possível, ou seja, eficácia completa.

Uma grande novidade introduzida pelo Constituinte Originário em nossa Carta Magna atual foi o controle da constitucionalidade por omissão. Ao refletir sobre o assunto, Anna Cândida da Cunha Ferraz compreendeu que com a inclusão desse tipo de controle,

“...responde o sistema brasileiro à preocupação com a grave problemática da inércia dos poderes constitucionais no tocante à implementação e cumprimento das disposições constitucionais, que vem encontrando eco nas últimas décadas.”¹⁰

⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 95.

¹⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Apontamentos Sobre o Controle de Constitucionalidade*. RPGESP dez/90 (também citações de obras de sua lavra: *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo, Ed. Maximonad, 1986, p. 217 e ss. incluindo: *Inconstitucionalidade Por Omissão: Uma Proposta Para Constituinte "in"* Revista de Informação Legislativa, a. 23, nº. 89 jan/mai 1986, Senado Federal).

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A inconstitucionalidade por omissão pode ocorrer em decorrência de medida político-administrativa, de medida judicial ou de medida legislativa. Porém é a inconstitucionalidade por omissão de medida legislativa que vem suscitando uma grande discussão na doutrina constitucional e que será objeto mais profundo do presente estudo.

O mestre Jorge Miranda, com muita sabedoria sobre a inconstitucionalidade por omissão, sentencia,

“Como se sabe, a existência de omissões juridicamente relevantes é um fenómeno que se encontra em diversos sectores do ordenamento e, em particular, no Direito constitucional. Ele verifica-se sempre que, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo acto ou certa actividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem determinadas consequências.

Relativamente a quaisquer funções do Estado objecto de disciplina pela Constituição, não custa surpreender manifestações possíveis - e não apenas teóricas - de comportamentos omissivos, sejam omissões de actos normativos, sejam de actos de conteúdo não normativo ou individual e concreto. Sucede isto com a função legislativa e com a função política ou de governo e, em alguns casos, com a revisão constitucional; sucede isto com a função administrativa e pode suceder até com a função jurisdicional. Tais comportamentos vêm, assim, a ser inconstitucionais ou ilegais, consoante os casos, e podem ainda tornar-se ilícitos.

Em especial, a inconstitucionalidade por omissão de actos legislativos (ou, se se preferir, de normas legislativas) exhibe-se fenómeno jurídico ligado à estrutura de determinadas normas constitucionais, mas cuja relevância varia com os tipos de Constituições e com as premissas políticas e jurídicas dominantes. Se nas Constituições liberais quase não poderia manifestar-se, tende

a avultar fortemente nas Constituições de índole social, com direitos positivos do séc.XX.”¹¹

A declaração de inconstitucionalidade por omissão no direito brasileiro encontra-se prevista no parágrafo segundo, do art. 103, da Carta Federal. Esse presente artigo designa as duas espécies de inconstitucionalidade existentes no Direito brasileiro: a de lei ou ato normativo e a inconstitucionalidade por omissão.

Pela Constituição Federal, está disposto no artigo 103, em seu parágrafo 2º, que:

“declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

A partir do disposto no citado artigo, dá-se a entender que inexistente no Brasil uma ação constitucional especial, em sede de fiscalização abstrata, para resolver esse tipo de questão constitucional, mas há o reconhecimento desta modalidade no alcance da já conhecida Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Ação.

¹¹ MIRANDA, Jorge. A Inconstitucionalidade Por Omissão e o Provedor de Justiça. Disponível em: <<http://www.provedor-jus.pt>>.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão não tem por objetivo a defesa de um direito subjetivo, de um interesse juridicamente protegido lesado ou na iminência de sê-lo.

É uma ação voltada inteiramente para a defesa da Constituição, declarando a mora do legislador frente a uma omissão legislativa e adotando medidas para o suprimento desta omissão constitucional, que será feita por iniciativa do próprio órgão remisso.

O procedimento adotado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão é o mesmo da Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo.

Para a propositura da ação deve-se esperar o transcurso de determinado prazo. Avaliado caso a caso, esse transcurso de tempo deve ser suficiente para que já houvesse sido editada a norma faltante, pois sem o mesmo, não haverá omissão inconstitucional censurável, porém apenas uma lacuna técnica.¹²

No que tange à possibilidade de realização da prova técnica, em muitos casos pode ser indispensável uma ampla investigação sobre a matéria de fato para averiguar-se a legitimidade do ato impugnado. Assim, algumas Cortes Constitucionais têm admitido a realização de um mínimo de instrução probatória.

¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 230.

O art. 103, incisos I a IX estabelece quem são os legitimados ativos para a propositura da *ação de inconstitucionalidade*, como veremos mais à frente. Vale lembrar que nos casos de provocação da fiscalização abstrata da legitimidade de ato normativo ou da inconstitucionalidade por omissão, a legitimidade ativa é a mesma.

Os legitimados passivos na ação de inconstitucionalidade por omissão são as autoridades ou órgãos legislativos responsáveis pela omissão de ato exigido pela Constituição.

Com relação à legitimação ativa, podemos adiantar que o Procurador-Geral da República poderá propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

No caso do mesmo receber representação pela propositura, dispõe de autonomia para encaminhá-la ou não ao Supremo Tribunal Federal (para propor, ou não, a ação de omissão). O mesmo oferecerá parecer em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 103, parágrafo primeiro, da CF), inclusive naqueles em que é o autor.

Agora em relação ao papel do Advogado-Geral da União, dispõe o artigo 103, em seu parágrafo terceiro da Constituição Federal,

“Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”.

Seguindo essa lógica, o Advogado-Geral da União estará dispensado de pronunciar-se na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ao contrário de sua atuação na ação direta de inconstitucionalidade positiva, quando tem o dever de defender o ato impugnado.

É importante lembrar que essa autoridade não poderá deixar de se manifestar nos casos de omissão parcial (relativa, material e absoluta parcial).

Quanto às omissões impugnáveis, decidiu o Supremo Tribunal Federal,

“que a medida cuja omissão deve ser suprida, há de se compreender, como de caráter normativo e não referente à prática de ato em caso concreto. A omissão de medidas concretas reclamam a provocação de outros tipos de procedimentos.”¹³

Há situações, entretanto, que apesar da providência reclamada exigir uma atividade material do Estado, a própria Constituição exige a edição de lei dispondo sobre o plano de prestação da atividade.

Temos como exemplos dessas ocorrências o caso do art. 187, que demanda lei federal dispondo sobre a política agrícola e também dos arts. 197 e 198, exigentes de lei dispondo sobre a política nacional de saúde e a instituição do sistema único de saúde, entre outros.

Em face de que o provimento da ação implica em dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se

tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias, parece não haver possibilidade para a concessão de medida cautelar.

O Ministro Sepúlveda Pertence, advertiu, porém, que, caso no futuro se apresente outra ação, tendo, como pedido liminar, não a antecipação de efeitos positivos da futura lei reclamada, mas um pedido cautelar negativo, inibitório de um risco causado pela falta de regulamentação, a matéria poderá ter outra solução.

Não se repete com o Poder Legislativo (pois não há prazo para o suprimento de sua omissão) o que ocorre com o Executivo, onde, declarada a inconstitucionalidade por omissão, “será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.¹⁴

O Legislativo pode, entretanto, através de seu Regimento Interno, fixar prazos e fórmulas viabilizadoras do suprimento da omissão declarada inconstitucional. Em qualquer hipótese, as omissões declaradas inconstitucionais concretizam uma verdadeira censura constitucional ao Poder omissor, com repercussões diversas, entre elas a responsabilização civil do Estado aos danos porventura ocorridos.

Clémerson Cléve faz uma observação interessante, na qual filiamos completamente, e merece destaque, na qual entende que o Constituinte

¹³ Adin 19, Rel. Ministro Aldir Passarinho, DJU 14.4.89.

¹⁴ Art. 103, parágrafo segundo, da Constituição Federal de 1988.

perdeu a oportunidade de conferir uma maior efetividade à ação de inconstitucionalidade por omissão.

“Assim, a decisão judicial, sobre dar ciência ao poder omissor para providenciar o suprimento da omissão, poderia: (I) permitir a aplicação direta, pelos juízes e tribunais, e desde que contando com normatividade suficiente para isso, do dispositivo constitucional demandante de complementação; (II) afastar os riscos jurídicos causados pela falta da norma regulamentadora; (III) autorizar a deflagração de mecanismos políticos de suprimento da omissão inconstitucional.”¹⁵

MANDADO DE INJUNÇÃO

ORIGEM

O Mandado de Injunção foi trazido pelo legislador primário, para o Direito brasileiro, como uma das inovações do Direito Constitucional Comparado.

Essa ação constitucional surgiu para salvaguardar os direitos e liberdades constitucionais, além das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

¹⁵ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 237.

Há várias correntes até hoje sobre a verdadeira origem do mandado de Injunção, sendo dominante e consagradora de que este *mandamus* foi herdado do sistema jurídico inglês, estando incorporado nas *injunctions* do direito anglo-saxão.

Em sua etimologia, *injunction*, significa uma ordem proibindo a parte de agir de um determinado modo, ou requerendo uma ação específica de outra parte, permitindo ao tribunal coatar lesões a uma pessoa ou grupo de pessoas, até que o problema possa de outra forma ser resolvido, ou inclusive evitar lesões indefinidamente.

Muito bem doutrina José Afonso da Silva, quando afirma que “a *equity* fundamenta a outorga de direito, por via jurisdicional, quando a falta de regulamentação ou quando a *common law* (direito costumeiro fundado em precedente judicial) não oferece suficiente proteção ao direito de cidadão.”¹⁶

No entendimento de Diomar Ackel Filho,

“A jurisdição de equidade americana atua sempre que a norma se afigura incompleta ou insuficiente para solucionar, com justiça, determinado caso. E também quando a questão envolva julgamento com base em princípio de justiça e consciência, o que determina a busca do remédio de equidade.

A injunção no direito alienígena é, pois, ação da *equity*, tendo por fim proibir ato cujo resultado causaria dano irreparável ao direito do autor. (...).

O emprego do *writ of injunction* no Direito Americano é muito amplo. Quer como provimento de natureza cautelar, quer como provimento definitivo, a injunção presta-se a corrigir um variegado de situações para as quais não se vislumbra remédio tão pronto e eficaz. (...)

¹⁶ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Frase, 1998, p. 396.

O legislador constituinte inspirou-se, indubitavelmente, no Direito Americano, porém dando características muito mais restritas e peculiares ao remédio entre nós.”¹⁷

Quanto ao significado de *writ*, que procede do direito inglês, continuamos citando as sábias palavras de Ackel Filho, que em outra obra de sua autoria afirma,

“A expressão writ procede, pois, do direito inglês, desde os tempos da Magna Carta, sempre com o sentido de ordem.(...)”

Hoje, o sentido não é diverso, pois, verdadeiramente se cuida de um mandamento expedido pelo órgão jurisdicional competente, no sentido da soberania de suas funções estatais, endereçado a quem deva cumprir a lei, seja a autoridade, ou mesmo a própria pessoa física.”¹⁸

Com relação à origem americana, pode se ter como importante complemento as palavras do Ministro Carlos Velloso:

“Adhemar Ferreira Maciel entende que ‘o mandado de injunção, pelo menos historicamente, foi buscado no Direito Constitucional português’. Esta é a origem mais próxima, sem dúvida, do mandado de injunção brasileiro, uma variação ou mesmo uma complementação da ação de inconstitucionalidade por omissão no Direito Constitucional português. Na sua feição ontológica, entretanto, o nosso mandado de injunção inspira-se no processo de equity do Direito anglo-americano e na ação de inconstitucionalidade por omissão da Lei Fundamental de Bonn, ação que, esclarece Adhemar Ferreira Maciel, pode ser utilizada quando o ‘órgão ou autoridade pública’ (‘das Organ oder der Behörde’), seja por ‘ação ou omissão’ (‘hanflung oder Unterlassung’), violar os ‘direitos

¹⁷ ACKEL FILHO, Diomar. *Mandado de Injunção*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 628, p. 424, Fevereiro, 1988.

¹⁸ ACKEL FILHO, Diomar. *Writs Constitucionais: "Habeas Corpus", Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 7.

fundamentais' (Grundrechte) ou 'assemelhados', previstos na Lei Fundamental."¹⁹

Em posição oposta temos o entendimento de Calmon de Passos, árduo defensor de que o Mandado de Injunção do nosso ordenamento nada tem a ver com o *writ* anglo-saxão, e, na mesma linha, Ferreira Filho, que não encontra inspiração no direito estrangeiro para a criação desse remédio constitucional, conforme sua declaração: “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”.²⁰

O ex-Senador Ruy Bacelar *apud* Saraiva por sua vez, atenta para origem genuinamente brasileira desse remédio constitucional, ao declarar: “O certo é que o mandado de injunção surge, no Direito brasileiro, com feições próprias que o distinguem de todas as outras garantias, seja no direito pátrio, seja em outras legislações”²¹

Em outro panorama, há quem encontre origem do Mandado de Injunção inclusive no Direito Português, a exemplo de Saraiva:

“É de se lamentar que, por erro de vernáculo, tenhamos que aturar os analistas do direito anglo-saxônico, quando, deveras, o nosso mandado de injunção tem origem lusitana (inconstitucionalidade por

¹⁹ VELLOSO, Carlos Mário. *As Novas Garantias Constitucionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 644, p. 07-17, Junho, 1989, p. 13.

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 17. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 275.

²¹ SARAIVA, Paulo Lopo. *O Mandado de Injunção, os Direitos Sociais e a Justiça Constitucional*. Revista de Informação Legislativa. n. 108, 1990, p. 80.

omissão) e jamais imiscuiu-se com qualquer instituto inglês, americano, alemão, ou de outra nacionalidade que não a portuguesa.”²²

CONCEITO

Aqui, nesse capítulo, exporemos a natureza jurídica do Mandado de Injunção, remédio de uso freqüente, com base na chamada jurisdição de eqüidade, a ser aplicado sempre que a norma legal se mostra insuficiente ou incompleta para solucionar, com Justiça, determinado caso concreto²³, o qual encontra-se contido na Carta Constitucional, diante dos seguintes artigos:

“Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

Art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

q) - 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;

II – julgar, em recurso ordinário:

²² SARAIVA, Paulo Lopo. *O Mandado de Injunção, os Direitos Sociais e a Justiça Constitucional*. Revista de Informação Legislativa. n. 108, 1990, p. 81.

²³ BACHA, Sérgio Reginaldo. *Mandado de Injunção*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 11, p.224-228.

a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

Art. 105 – Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente:

h) – 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;

Art. 121 – Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos Tribunais, dos juizes de direito e das juntas eleitorais.

Parágrafo 4º. – Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais, somente caberá recurso quando:

V – denegarem habeas corpus, mandado de segurança, habeas data, ou mandado de injunção”.

Para Diomar Ackel Filho, trata-se de:

“ação constitucional sumária, especial, garantidora de direitos básicos, com aspectos símiles as do mandado de segurança, embora com caráter mais restrito, subsidiária, sendo, pois, cabível apenas quando a ausência de normas regulamentadoras obsta ao exercício dos direitos constitucionais.”²⁴

Outra conceituação muito perspicaz é do autor Alexandre de Morais²⁵,

”... consiste em uma ação constitucional de caráter civil, e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa previsto na Constituição Federal...”

²⁴ ACKEL FILHO, Diomar. *Mandado de Injunção*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 628, 1988, p. 423.

²⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16 ed., 2004, p.180.

Para o insigne doutrinador José Afonso da Silva, esse *writ* constitucional,

"Constitui 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."²⁶

Marcelo Duarte, por sua vez, expõe:

"É medida processual especial, ação constitucional, que suscita o controle sobre atuação omissiva de órgãos de quaisquer Poderes, inclusive do próprio Judiciário, assegurando eficácia a direito público subjetivo emanado da Constituição, desde que "a falta de norma regulamentadora", como ali está expresso, "torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania."²⁷

Irineu Strenger, já define da seguinte maneira:

"procedimento pelo qual se visa a obter ordem judicial que determine a prática ou a abstenção de ato, tanto na administração pública, como do particular, por violação de direitos constitucionais fundada na falta de norma regulamentadora."²⁸

Em princípio, o mandado de injunção não poderá ser impetrado quando se verificar a ausência de norma regulamentadora que impossibilite o

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Ed. Malheiros, 11ª edição, 1996, p. 426

²⁷ DUARTE, Marcelo. *Mandado de Injunção*. Revista de Informação Legislativa. N.º 110, 1991, p. 131.

exercício de quaisquer direitos, mas, tão somente, quando inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Certa parte da doutrina, da qual destacamos o eminente Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, defende posicionamento no sentido de que o mandado de injunção "*não alcança outros direitos, por exemplo, os inscritos entre os direitos sociais*"²⁹, restringindo-se somente aos direitos e liberdades constitucionais e às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania.

Não nos parece, todavia, que o legislador tenha objetivado a proteção exclusiva dos direitos, liberdades e prerrogativas mencionadas no indigitado artigo, olvidando-se dos demais direitos e garantias que a Carta Política assegura.

Na nossa visão, a medida requerida deve ser deferida em qualquer hipótese de afronta a direitos constitucionais por ausência de norma regulamentadora. A menção aos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais é meramente exemplificativa.

Vítima do próprio escopo, este remédio constitucional criado para suprir omissões normativas ainda não possui norma que regulamente e estabeleça seu procedimento; por isso a jurisprudência e a doutrina têm, por

²⁸ *Mandado de Injunção*. p. 15, apud BACHA, Sérgio. *Mandado de Injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 45.

²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 276.

analogia, aproveitado o procedimento previsto para o seu congêneres – o mandado de segurança (Lei n.º 1.533/51) –, no que for cabível.

Nessa mesma linha de raciocínio, a Lei n.º 8.038/90, que instituiu normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, determina, no artigo 24, parágrafo único, que "*No mandado de injunção e no habeas corpus, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica*".

Vemos que, segundo decisões dos Tribunais, na ausência de regras processuais próprias, são aplicadas aquelas pertinentes ao mandado de segurança, em razão de ambas as ações terem natureza jurídica semelhante.

É factível, porém, que a falta de texto não poderá servir de obstáculo ao uso da medida. Apesar disso, a falta de lei específica provocou e ainda provoca constantes divergências sobre o tema, e a sua adoção tem dado ensejo a intensas controvérsias na doutrina.

Alguns autores sustentam que, como as regras constantes do preceito constitucional que instituiu o mandado de injunção, não eram suficientes para efetivar sua aplicação, ficava sua utilização condicionada à promulgação das regras processuais regulamentadoras.

Existem outros doutrinadores que defendem que, sendo o mandado de injunção instrumento dirigido contra omissão impeditiva do exercício de

direitos constitucionalmente assegurados, o juiz deveria proferir decisão válida para o caso concreto em questão, e com eficácia *inter partes*.

Uma terceira corrente defendia que a decisão judicial deveria ser aplicável não apenas à questão submetida ao Tribunal, mas teria efeito *erga omnes*.

Após várias decisões e discussões sobre o tema, encontra amparo na maior parte da doutrina e jurisprudência o entendimento de que o mandado de injunção é uma ação de origem constitucional, e como tal, prescinde de regulamentação em lei complementar ou ordinária.

Vemos, portanto, que o dispositivo que a criou é auto-suficiente e auto-aplicável, mesmo porque seria contraditório exigir-se regulamentação para um mecanismo destinado justamente a fazer cumprir normas constitucionais pendentes de regulamentação.

Não há previsão em seu texto ao rito processual adotável, o que incumbirá aos tribunais e ao Supremo Tribunal Federal, estabelecê-lo, sem restringir o seu alcance ou impor obstáculos ao seu exercício.

Devemos ressaltar também que o Legislativo poderá editar lei que discipline o processo e procedimento cabíveis ao exercício do Mandado de Injunção.

A ação do mandado de injunção, segundo Randolpho Gomes³⁰, constitui uma ação cognitiva, que pode assumir, de acordo com o objetivo colimado em cada uma delas, a modalidade de “condenatória, declaratória ou constitutiva”. Deve ter um rito sumário, que não frustre a pronta solução almejada pelo impetrante. Portanto, deve ser rápida e eficaz.

O mandado de injunção visa tornar exeqüível, de imediato, norma a que falte o complemento regulamentar, com efeito preferencialmente na doutrina e jurisprudência, *inter partes*.

Poderá ser impetrado por qualquer pessoa ou entidade em face de quem obste o exercício de um direito emanado da constituição.

Percebemos que o interesse de agir no mandado de injunção refere-se à inviabilidade do exercício do direito assegurado constitucionalmente, não da inexistência da norma regulamentadora. Embora inexistente esta, o interesse de agir somente aparece se o direito nela expresso for inadimplido ou obstado.

A falta de norma regulamentadora pode ser real ou hipotética. Real quando a própria Constituição remeteu para outra esfera a complementação. Hipotética quando, por traduzir um preceito genérico, precisa de uma complementação para ser aplicável. Em ambos os casos há cabimento do mandado de injunção.

³⁰ GOMES, Randolpho. *Mandado de Injunção*. Rio de Janeiro, Edições Trabalhistas, 1989, p.24.

A exemplo do mandado de segurança, o mandado de injunção não deve ser admitido em tese. Há necessidade concreta de ato ou omissão que inviabilize o exercício de um direito dado, palpável, definido.

A Constituição realizou um enunciado genérico das categorias abrangíveis pelo mandado de injunção: *direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*.

Cabe, assim, à doutrina e à jurisprudência a definição de quais direitos são amparáveis pelo citado instrumento. Assim, é extremamente amplo o alcance dado pela Constituição ao mandado de injunção. Inviabilizado o exercício desses direitos, liberdades ou prerrogativas elencados, por falta de norma que os regulamente, possuem os governados a seu dispor este novo instrumento para garantir o exercício dos privilégios sonegados.

É cabível o mandado de injunção contra omissão absoluta do legislador ou contra omissão parcial, isto é, contra uma lacuna da lei, ou especialmente de uma exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. Quando a regra regulamentadora for incompleta, contra ela caberá, assim, a aplicação do presente instituto processual.

Quanto à questão da omissão parcial que traz uma quebra da isonomia, podemos verificar que se tem pugnado por novos tipos de provimento, a fim de evitar a nulidade da norma e a conseqüente geração de um estado de inconstitucionalidade mais grave.

Desse modo, a Corte Suprema enfrentou algumas questões que consubstanciaram quebra do princípio da isonomia, mais especificamente à essa questão nos MI 79, MI 80 e MI 83, quando se tratou de pedidos baseados no art. 39, § 1º, CR, com a redação original, antes de ser alterada pela EC 19/98, e que pretendiam, então, a regulamentação *in concreto* por parte do STF, de modo a equiparar os demais funcionários, impetrantes, aos beneficiários da norma impugnada. Porém, a questão foi tratada ainda em outros mandados.

Advertia o Ministro Octávio Gallotti, no MI 79 (AgRg)-DF³¹, que os impetrantes:

“não visam, efetivamente, ao suprimento da falta de norma legal, mas a alteração de norma já existente, que não atenderia ao preceito do art. 39, § 1º, da Constituição. A esse fim não se presta o instrumento processual utilizado, como já decidiu o Plenário.”

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, antes de seu indeferimento na ação, procurou ater-se o conteúdo do princípio da isonomia, conforme vemos no MI 80³²:

“O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa.

Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei e b) o da

³¹ RTJ 155/03.

³² RTJ 136/441.

igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata constitui exigência destinada ao legislado que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.”

No mesmo sentido, o Ministro Moreira Alves, ainda no MI 79, aludindo aos pressupostos do Mandado de Injunção³³:

“Aqui, não ocorre isso, mas o que há é apenas uma lei que é inconstitucional por não haver observado o princípio da isonomia ao outorgar o direito à vantagem por ela criado a uns e não a todos os que deveriam ter sido contemplados em virtude da isonomia.”

Em minoria, apenas o Ministro Marco Aurélio e Carlos Velloso deferiam a injunção. Segundo o primeiro, “eles não articulam em si, com uma lei existente; só articulam com uma situação fática de que cogita o § 1º do art. 39”³⁴.

O entendimento vencedor, porém, foi o de que o art. 39, § 1º, era auto-aplicável, e, portanto, não havia necessidade de complementação, razão por que não caberia o *writ*.

Sendo a competência originária para conhecimento do mandado de injunção do Supremo Tribunal Federal, a decisão proferida, salvo caso de voto divergente, será irrecurável.

³³ RTJ 155/07.

³⁴ RTJ 155/06.

Quando o mandado de injunção for impetrado perante os outros tribunais superiores, tais quais o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, ou o Superior Tribunal Militar, da decisão denegatória caberá recurso ordinário dirigido ao Supremo Tribunal Federal.

Vale lembrar que, segundo a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, o Mandado de Injunção tem aplicação imediata e sua análise é preferencial em face de outros recursos, observando a seguinte ordem: Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Habeas Data e Mandado de Injunção.

LEGITIMIDADE

Os sujeitos ativos da relação processual nessa ação veremos com mais profundidade adiante, porém, podemos adiantar, que podem ser as pessoas em geral, físicas ou jurídicas, de direito privado ou direito público, e é igualmente admitida a titularidade ativa a órgãos públicos despersonalizados e universalidades patrimoniais, desde que, é claro, haja capacidade processual para a defesa dos interesses dos impetrantes.

Quanto à legitimidade passiva *ad causam*, existem entendimentos de que o legitimado passivo no mandado de injunção é o órgão, pessoa ou

entidade, de natureza pública (ou até privada para alguns³⁵), que está obstaculizando o exercício de um direito constitucional do impetrante, por uma ação negativa ou positiva, via de regra um a autoridade ou órgão do poder público.

Sobre o assunto, assevera Sidou que:

“Em regra, o sujeito passivo do mandado de injunção é um órgão público, posto como é ao Poder Público que incumbe editar norma regulamentadora para tornar viável o exercício dos direitos exercidos na Constituição. É ele, em caráter privativo, quem regula a atividade constitucional, sem embargo do que o *writ* procede também contra particulares, não para fazerem a norma, mas por serem do exercício dela decorrente, a parte executante.”³⁶

Na mesma ótica, Ivo Dantas Cavalcanti Francisco, de uma forma mais abrangente e menos específica, conclui:

“Sob a perspectiva de sujeitos passivos, as pessoas, entidades ou órgãos que, por ação ou omissão, impossibilitem o exercício de direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”³⁷

³⁵ PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 128; BERMUDEZ, Sérgio. *O Mandado de Injunção*. RT 642/24; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 99; MACIEL, Adhemar Ferreira. *Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade Por Omissão*. Revista de Informação Legislativa. n. 101, 1989., p. 131; TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ, José Rogério. *Constituição de 1988 e Processo: Regrimentos e Garantias Constitucionais do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 157.

³⁶ SIDOU, J. M. Othon. *Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular – As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos*. São Paulo: Companhia Editora Forense, 1992, p. 418.

³⁷ FRANCISCO, Ivo Dantas Cavalcanti. *Mandado de Injunção*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 79.

Para Maciel, a sujeição passiva do mandado assim se manifesta:

“No tocante à legitimação passiva, ela deve ser ampla. Qualquer órgão da administração direta ou indireta, inclusive de pessoas de direito privado (Banco do Brasil, CEF etc.), desde que estejam encarregados da elaboração da norma genérica, podem figurar na ação.”³⁸

Esta corrente se reforça com a opinião de Tucci & Cruz:

“Sua essência está na garantia do exercício de um direito consagrado na constituição, que não pode ser exercido direta e livremente por falta de medidas legislativas que torne aplicável o dispositivo que assegure o direito. Por isso, pode ser requerido para assegurar o exercício de direito a ser invocado perante particulares ou perante autoridades.”³⁹

Definiu, entretanto, o Supremo Tribunal Federal, “que o mandado de injunção deve ser impetrado contra o órgão público ou autoridade que, responsável pela regulamentação do direito constitucional plasmado em norma inexecutável por si mesma, deixou de adimplir a obrigação”.⁴⁰ E a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, se dirige à pessoa ou entidade encarregada ou competente para a elaboração da norma ausente.

³⁸ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade Por Omissão*. Revista de Informação Legislativa. n. 101, 1989, p. 131.

³⁹ TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ, José Rogério. *Constituição de 1988 e Processo: Regramentos e Garantias Constitucionais do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 157.

⁴⁰ MI 323-8-DF (STF).

COMPETÊNCIA

A competência originária será do Supremo Tribunal Federal, nos casos do art. 102, “q” e do mesmo modo será competência da Corte Suprema ao julgar recurso ordinário de decisão denegatória em única instância pelos Tribunais Superiores, conforme disposto no art. 105, II, “a”.

Será competente o Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar originalmente quando a elaboração de norma reguladora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, com exceção dos casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, Eleitoral, Trabalhista, e Justiça Federal; como dispõe o art. 105, I, “h”, da Constituição Federal.

Em relação à Justiça Eleitoral, há o art. 121, § 4º, V, que assim aduz:

“Art. 121 - Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

§ 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

V - denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção.”

PRESSUPOSTOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

ABRANGÊNCIA

Quanto à abrangência do Mandado de Injunção, há uma discussão doutrinária que culminou em três correntes distintas.

A primeira, mais restritiva, apela para uma interpretação literal do artigo constitucional, acabando por atrelar o remédio heróico às prerrogativas intrínsecas da nacionalidade, soberania popular e da cidadania.

Como nessas matérias resta-se muito pouco a se regulamentar, tenta essa corrente afetar impetuosamente a eficácia do Mandado de Injunção, que no nosso entendimento choca-se com a intenção do Constituinte Originário.

Outra visão, dando maior amplitude ao *writ* constitucional, é a adotada pelo ex-Ministro do Supremo, Carlos Mário da Silva Velloso, ao dizer: “ao que pensamos, o mandado de injunção protege direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, estas, sim, inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.⁴¹

Existe ainda, uma terceira corrente, a qual nos afiliamos, uma variação da anterior, que por fim dá eficácia máxima ao Mandado de Injunção, baseada esta nos ensinamentos de Barbosa Moreira *apud* Sérgio Bermudes:

“...o mandado de injunção é admissível, sempre que na falta de 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, aos ministros do Supremo Tribunal, como se lê nos seus despachos – mas cuja viabilidade, melhor, cuja efetividade dependa da norma regulamentadora.”⁴²(grifo nosso)

EXISTÊNCIA DE UM DIREITO CONSTITUCIONAL SEM REGULAMENTAÇÃO

Deve existir um direito constitucional anteriormente à norma, com ausência de regulamentação, ou seja, a não deve revelar expectativas de direito somente, mas também não pode possuir normatividade suficiente a ponto de dispensar a regulamentação.

Podemos perceber a saída para esse enigma, ao lembrarmos o relatório do então Ministro Marco Aurélio, em seu relatório, ao julgar o MI 60 (AgRg)-DF⁴³,

“De outra parte, como ressaltou o parecer da Procuradoria-Geral da República, normas preexistentes na ordem jurídica regulam a situação funcional dos impetrantes e daqueles com os quais pretendem equiparação. Assim sendo, não se pode falar em

⁴¹ VELLOSO, Carlos Mário. *As Novas Garantias Constitucionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 644, pp. 07-17, Junho, 1989, p. 13.

⁴² BERMUDEZ, Sérgio. *O Mandado de Injunção*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 642, pp. 21-25, abril, 1989, p. 22.

⁴³ RTJ 133/06.

ausência de atos necessários à viabilização do exercício do direito reclamado”.

Tal despacho repetiu-se no MI 77 (AgRg)-DF⁴⁴, cujo relator foi o mesmo Ministro Marco Aurélio. No MI 257-DF⁴⁵, por sua vez, acrescentou o Ministro Moreira Alves, em seu relatório:

“Como o texto constitucional novo encontrou em vigor lei que já estabelecia o limite a ser atendido pelo benefício em causa (Lei Federal n.º 3.765, de 1960), inexistiu omissão em iniciativa legislativa que possa ser imputada ao ilustre Impetrado.”

A questão da necessidade de existência de um direito constitucional é importante, pois entende a Corte que a mera expectativa não dá ensejo ao mandado de injunção. Hipótese das mais esclarecedoras foi uma tratada no MI 425-DF, cujo argumento foi reiterado no MI 444.

Nele, tivemos como impetrante o Conselho Nacional de Técnicos em Radiologia, que, com base na antiga redação do art. 40, § 1º, CR (que atualmente corresponde ao § 4º), pretendia aposentadoria especial para os referidos técnicos. Alegava-se que esses funcionários sempre tiveram os seus locais de trabalho considerados como insalubres e, portanto, não obstante a ausência de norma legal, pretendiam o deferimento da aposentadoria.

Observou naquela ocasião o Ministro Sydney Sanches⁴⁶:

⁴⁴ RTJ 139/380.

⁴⁵ RTJ 154/03.

“Ora, se o que falta, no caso, não é a norma regulamentadora do exercício de um direito já criado, mas sim, a própria norma criadora do direito, já que o § 1º do art. 40 apenas a permitiu, facultativamente, ou melhor, não impôs, então o mandado de injunção, como impetrado, não tem possibilidade jurídica...”

O recentemente aposentado Ministro Celso de Mello, por sua vez⁴⁷:

“O preceito inscrito no art. 40, § 1º, da Carta Política não consubstancia ordem de legislar.. Contempla, meramente, simples faculdade deferida ao legislado comum, que, em função de um juízo de oportunidade e conveniência que lhe é privativo, poderá estabelecer exceções ao regime geral de aposentadorias previsto no art. 40, III, da Constituição.

(...)

Torna-se essencial, desse modo, para que possa atuar a norma pertinente à figura do mandado de injunção, que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar e o direito público subjetivo à legislação, de tal forma que, ausente a obrigação jurídica de emanar provimentos legislativos – o que se dá quando a Constituição contempla, como no caso, mera faculdade discricionária de legislar -, não se torna possível imputar comportamento moroso ao Estado.”

MORA NORMATIVA

Diferentemente da maioria doutrinária, a Suprema Corte Federal brasileira, geralmente, considera a mora normativa como um dos pressupostos indispensáveis para a concessão da ordem de injunção. Assim, havendo

⁴⁶ RTJ 157/770.

⁴⁷ RTJ 157/07.

procedimento legislativo em movimento, não seria cabível o Mandado de Injunção, por não haver mora.

Temos o pronunciamento do Ministro Celso de Mello, no MI 215-1, em que “(...) verificada a instauração do necessário processo legislativo, não há mais como atribuir ao Estado a *inertia agendi vel deliberandi*, que pode dar lugar ao mandado de injunção”.

No MI 191-RJ, tivemos semelhante manifestação: “... verificada a deflagração, pela autoridade competente, do processo legislativo, não há mais como atribuir-lhe a inércia, que dá lugar à utilização do remédio constitucional.”. No mesmo sentido, os MIs 226, 238, 323 e 333.

Infelizmente, não prosperou o entendimento surgido no MI 124-SP⁴⁸, que foi provocado pelo Min. Marco Aurélio, com o seguinte voto: “A omissão é um estado de fato e decorre, apenas, da circunstância de ainda não ter sido aprovado pelo Congresso Nacional um projeto sobre o tema”. E, votando pela procedência da injunção, conclui o Min. Paulo Brossard:

“creio que seria preciso distinguir, porque, se considerarmos a mora como um fato material, não haveria mora porque há projetos em andamento. Se considerarmos, porém, o resultado, creio que a mora existe porque, a despeito de haver projetos tramitando, esses projetos ainda não foram convertidos em lei.”

⁴⁸ RTJ 148/653.

Ainda assim, o entendimento de que o *interpositio legislatoris*, descaracterizando a mora, obstaculiza o mandado de injunção, aparece mitigado, conforme vemos no MI 361-RJ, ementado da seguinte forma:

“a mora – que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa -, é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da Lei Fundamental; vencido o tempo razoável, 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.”⁴⁹

Igualmente a Corte tem como descaracterizada a mora quando o prazo deferido pela Constituição, referente à promulgação da norma regulamentadora, estiver correndo, indeferindo, assim, os mandados de injunções (todos, no MI 77⁵⁰).

Já se passaram apesar disso mais de dezessete anos da promulgação da Constituição, e não há prazo que não tenha extrapolado, razão por que o argumento perde muito da aplicabilidade, referindo-se apenas às Emendas que tiverem este comportamento.

DECISÃO E EFEITOS

⁴⁹ RTJ 158/375.

⁵⁰ RTJ 155/06.

Há várias posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre os efeitos do Mandado de Injunção. Muito pertinente sobre o assunto, e está incluso na ata da sétima sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, onde podemos transcrevê-lo em parte, o pronunciamento do então Ministro Néri da Silveira, que, com muita propriedade sintetiza essas vertentes jurídicas sobre o assunto:

“Há, como sabemos, na Corte, no julgamento dos mandados de injunção, três correntes: a majoritária, que se formou a partir do Mandado de Injunção n.º 107, que entende deva o Supremo Tribunal Federal, em reconhecendo a existência da mora do Congresso Nacional, comunicar a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. Outra corrente, minoritária, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, decide, desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção e provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto. Por último, registro minha posição que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. Adoto a posição que considero intermediária. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito *in concreto*. É, por isso mesmo, uma posição que me parece concilia a prerrogativa do poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração de lei. Esse tem sido o sentido de meus votos em tal matéria. De qualquer maneira, porque voto isolado e vencido, não poderia representar uma ordem ao Congresso Nacional, eis que ineficaz. De outra parte, em se cuidando de voto, no julgamento do processo judicial, é o exercício, precisamente, da competência e independência que cada membro do Supremo Tribunal Federal tem, e necessariamente há de Ter, decorrente da Constituição, de interpretar o sistema da Lei Maior e decidir os

pleitos que lhe sejam submetidos, nos limites da autoridade conferida à Corte Suprema pela Constituição.”⁵¹

Segundo classificação muito acertada de Alexandre de Moraes em sua obra⁵², podemos definir duas grandes posições: a *concretista* e a *não concretista*.

Pela posição *não concretista*, adotada na maioria das decisões do Supremo Tribunal Federal, firmou-se na aceção de que ao Mandado de Injunção deveria se atribuir o fim exclusivo de ensejar apenas o reconhecimento formal da inércia do Poder Público.

“em dar concreção à norma constitucional positivadora do direito postulado, buscando-se, com essa exortação ao legislador, a plena integração normativa do preceito fundamental invocado pelo impetrante do writ como fundamento da prerrogativa que lhe foi outorgada pela Carta Política”.⁵³

Numa decisão de injunção com esse conteúdo, não há o que falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam imediatamente condições viabilizadoras do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa prevista constitucionalmente, mas unicamente, deverá ser dado ciência ao poder

⁵¹ 16 mar. 1995, D.J., 4 abr. 1995, Seção I, p. 8265.

⁵² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16 ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004, p. 186.

⁵³ RTJ 133/11.

competente para que edite a norma inexistente⁵⁴, o que na nossa opinião só faz obliterar com o sentido da Constituição.

Pela posição *concretista*, presentes os requisitos exigidos para o Mandado de Injunção, o Judiciário, por decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito até que sobrevenha regulamentação.

É ainda, essa posição subclassificada em duas espécies, a *concretista geral* (onde a decisão tem efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral) e a *concretista individual* (quando a decisão do Judiciário só produzirá efeitos para o impetrante do Mandado de Injunção, ou seja, *inter partes*).

Entendemos que o Mandado de Injunção deve ter somente efeitos *inter partes*, já que a Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão tem um âmbito maior de atuação, ou seja, é um instrumento mais adequado para o controle *in abstracto* (com efeito *erga omnes*), o que dissertaremos com mais sagacidade no capítulo a seguir, ou seja, somos afiliados da posição *concretista individual*.

A posição *concretista*, a qual nos filiamos em detrimento da *não concretista*, se subdivide ainda em duas: *direta* e *intermediária*. Na *direta*, o Judiciário, imediatamente ao julgar procedente o remédio, implementa a

⁵⁴ STF – MI n.º 288-6/DF – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 3 maio 1995, p. 11.629.

eficácia da norma constitucional ao autor. Na *intermediária*, aguarda-se o período mínimo do processo normativo para se formular a norma, para só então assim implementar a eficácia da norma, se esta ainda não tiver sido editada.

A primeira (*direta*), a qual entendemos ser a mais ajustada com o ímpeto idealizado e gerado pelo legislador findando viabilizar todos os direitos e prerrogativas constitucionais emanados pela *Lex Fundamentalis*, o Judiciário, ao julgar procedente o Mandado de Injunção, implementa a eficácia da norma constitucional do autor.

No mesmo sentido, os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio entendem que a Constituição criou mecanismos distintos voltados a controlar as omissões inconstitucionais, que são a Ação de Inconstitucionalidade Por Omissão e o Mandado de Injunção. E, segundo pensamento do Ministro Marco Aurélio: "... o Mandado de Injunção tem, no tocante ao provimento judicial, efeitos concretos, beneficiando a parte envolvida, a impetrante".⁵⁵

Na posição *concretista individual intermediária*, após julgar a procedência do Mandado de Injunção, fixa ao Congresso Nacional o prazo de cento e vinte dias para a elaboração da norma reguladora. Terminado o prazo e a inércia permanecendo, deve o Poder Judiciário fixar as condições

⁵⁵ STF – MI n.º 321-1 – Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 30 jul. 1994, p. 26.164; STF – MI n.º 232-1, Rel. Min. Diário da Justiça, Seção I, 27 mar. 1992, JSTF LEX 167, nov. 1992, p. 105-128; STF – MI n.º 431-5, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 23 set. 1994, p. 25.325.

necessárias ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional obstruído do autor.

Essa corrente (*concretista individual intermediária*), criada pelo Ministro Néri da Silveira, parece-nos, também acertada, pois fato de o Judiciário, após ter concedido provimento ao Mandado de Injunção, conceder um prazo para que a Constituição seja regulamentada, antes de efetivamente preencher suas lacunas normativas.⁵⁶

A partir desta decisão, o poder competente seria declarado omissivo judicialmente, devendo, então, agir (em prazo não menor do que o processo legislativo sumário que é de cem dias), e, se assim não o fizesse, o próprio Judiciário colmataria o vazio da regulamentação.

Adequam-se muito bem à Separação de Poderes essas duas correntes, porém a razão de nos filarmos à *corrente concretista individual direta* e não à *concretista individual intermediária* (apesar de também ser uma razoável saída), é por dois motivos.

Primeiramente, essa inércia para com as normas de eficácia limitada, dependentes de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade, já dura muito tempo, e não seria a favor do Princípio da Razoabilidade que o impetrante, que tem o exercício de seu direito há tempos despojado, espere

⁵⁶ STF – MI n.º 335-1, Rel. Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 out. 1994, p. 27.807; STF – MI n.º 431-5, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 23 set. 1994, p. 25.325.

ainda mais seis meses para que se garanta o direito já reconhecido pelo Judiciário, causando ainda mais danos ao paciente do remédio.

A nossa segunda motivação para tal, é que essa decisão do Poder Judiciário é provisória, portanto assim que o Poder Público resolver finalmente normatizar a matéria, o fará sem nenhum prejuízo, revogando a decisão judicial que estava suprindo a lacuna, beneficiando assim a todos.

O CONFRONTO ENTRE O MANDADO DE INJUNÇÃO E A AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Como já vimos anteriormente a Constituição Brasileira de 1988 foi criada com dois mecanismos para a garantia da eficácia dos dispositivos constitucionais diante de omissões do Poder Público, quais sejam, a Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão e o Mandado de Injunção.

Embora ambos se dirijam à falta de regulamentação de preceito constitucional, são dois institutos distintos, com objetivos, partes, objetos, procedimentos e efeitos próprios.

Em primeiro lugar, no controle de constitucionalidade por omissão, os legitimados para proporem a ação, são aqueles elencados no art. 103 da Constituição Federal, situados nos incisos I a IX, tais quais: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a

Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

No mandado de injunção, diferentemente do que ocorre na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o legitimado ativo pode ser qualquer pessoa, sendo física ou jurídica, consoante afirmam Tucci & Cruz: "O legitimado para a impetração do mandado de injunção (legitimação ativa) tanto poderá ser pessoa física como jurídica".⁵⁷

J. M. Othon Sidou leciona sobre o assunto mais genericamente, porém sem perder a eficiência: "Ele é facultado a brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, representados por advogados".⁵⁸

Para Maciel, até mesmo figuras despersonalizadas podem estar legitimadas para impetrar o remédio constitucional:

"O mandado de injunção não exige – diferentemente da inconstitucionalidade por omissão – legitimação específica, qualificada. Qualquer um que tiver interesse jurídico pode prevalecer-se dele. Mesmo as figuras jurídicas ou aquelas figuras despersonalizadas, como o espólio, a herança jacente etc."⁵⁹

⁵⁷ TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ, José Rogério. *Constituição de 1988 e Processo: Regramentos e Garantias Constitucionais do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 157.

⁵⁸ SIDOU, J. M. Othon. *Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular – As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos*. São Paulo: Companhia Editora Forense, 1992, p. 418.

⁵⁹ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade Por Omissão*. Revista de Informação Legislativa. n. 101, 1989, p. 131.

Logo, conclui-se que o sujeito ativo desse remédio constitucional (Mandado de Injunção) é qualquer pessoa que tenha sua garantia constitucional obstaculizada por falta de norma que a regule, podendo ser esta pessoa física ou jurídica, qualquer uma que se encontre na impossibilidade de exercer “os direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, será titular da ação, ou seja, terá a legitimidade ativa.

Percebe-se que, enquanto o Mandado de Injunção pode ser impetrado por pessoa, desde que esta seja beneficiária de um direito que esteja denegado por falta de regulamentação, vemos, entretanto, que na Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão a capacidade postulatória é bem mais restrita, por somente admitir aqueles previstos no art. 103 da Constituição Federal.

Quanto à competência privativa, no controle de constitucionalidade por omissão será do Supremo Tribunal Federal.

De forma distinta, como já observamos, no caso do mandado de injunção, a competência não é mais privativa da Corte Suprema, mas esta a exerce sob a forma de competência originária conforme disposto na alínea q, inciso primeiro, do art. 102 da Constituição Federal, ou sob a forma de competência derivada (art. 102, inciso II, alínea a, da Carta Magna).

O Superior Tribunal de Justiça pode ser competente, segundo Velloso:

“Ao Superior Tribunal de Justiça compete 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 (...).”⁶⁰

Com relação à Justiça Eleitoral, a Constituição estabelece a regra de competência em seu art. 121, § 4º, inciso V.

Percebemos que o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão, apesar de visarem o suprimento de norma reguladora que tornou inviável o exercício de direitos e garantias, eles têm objetos diferentes.

Numerosas foram as discussões doutrinárias sobre o tema, até alcançar-se um quase consenso, no sentido de que cabe ao Judiciário, de forma imediata, suprir a lacuna existente e assim tornar viável o exercício daqueles direitos a que se refere o art. 5º, inciso LXXI.

Neste caso, o Judiciário não exercerá função normativa genérica, mas aplicará o direito ao caso concreto, revelando a normatividade existente no dispositivo constitucional, e removendo possíveis obstáculos à sua efetividade.

⁶⁰ VELLOSO, Carlos Mário. As Novas Garantias Constitucionais. Revista de Direito Administrativo, n. 177, 1989, p. 25.

A decisão tem caráter satisfativo, visto que objetiva suprir, em situação concreta, a lacuna provocada pela não atuação por quem competia fazê-lo.

De acordo com Kildare Gonçalves Carvalho⁶¹, o Mandado de Injunção só será analisado no caso real:

"a injunção surge no caso concreto, depois de verificada a ausência normativa, pois o prejudicado se acha impedido de exercer direito, dada a omissão do Poder Legislativo ou Executivo. Não cabe na Injunção caso já exista norma regulamentadora da qual decorre a efetividade do direito reclamado".

Neste sentido nos ensina o grande constitucionalista José Afonso da Silva,

"Mandado de injunção não se confunde com inconstitucionalidade por omissão. Esta visa a obter uma decisão que estimule a produção das normas (leis, etc.) necessárias a integrar a eficácia do mandamento constitucional que as requeira. O mandado de injunção visa a obter o direito em favor do impetrante, quando inexistam normas regulamentadoras do artigo constitucional que outorgue direitos, liberdades ou prerrogativas. O mandado de injunção não é instrumento destinado a obter a produção de normas regulamentadoras. Para isso, existe a ação de inconstitucionalidade por omissão."⁶²

⁶¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 229.

⁶² *Apud* GOMES, Randolpho. *Mandado de Injunção*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1989, p. 40.

Digno de registro também é que o Mandado de Injunção só é cabível quando os direitos subjetivos são preexistentes e, não, para criá-los ou abrangê-los.

A esse entendimento, filia-se Celso Ribeiro Bastos⁶³, que dá luz e consolida hermenêutica nesse dispositivo, junto com a esmagadora jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos, *in verbis*:

"... É necessária, pois, a existência de um direito subjetivo concedido em abstrato pela Constituição, cuja fruição está a depender de norma regulamentadora. Diferente é a situação quando a Constituição apenas outorga expectativa de direito, e, portanto, a norma regulamentadora faltante se presta a transformar essa mera expectativa de direito em direito subjetivo. Nesse caso, não cabe mandado de injunção e sim ação direta de inconstitucionalidade por omissão...". (grifo nosso)

"MANDADO DE INJUNÇÃO – SERVIDORES DA FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO – APOSENTADORIA ESPECIAL – ATIVIDADES INSALUBRES OU PERIGOSAS – ARTIGOS 5º, INC. LXXI, E 40, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

1. O § 1º do art. 40 da CF apenas faculta ao legislador, mediante lei complementar, estabelecer exceções ao disposto no inciso III, a e c, ou seja, instituir outras hipóteses de aposentadoria especial, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. 2. Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitucional já criado, e cujo exercício esteja dependendo de norma regulamentadora. 3. Descabimento do Mandado de Injunção, por falta de possibilidade jurídica do pedido, em face do disposto no inc. LXXI do art. 5º da CF, segundo o qual somente é de ser concedido mandado de injunção quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. 4. Inexistindo, ainda, no ordenamento constitucional, o pretendido direito, não é o Mandado de Injunção o instrumento adequado para possibilitar sua criação. 5. Precedentes do STF. 6. Questão de ordem que o Plenário resolve, não conhecendo do Mandado de Injunção, pela impossibilidade jurídica do pedido. (STF – MI 494 – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU 12.12.1997)"

⁶³ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 243.

Revisamos que no controle de inconstitucionalidade por omissão compete ao Supremo Tribunal Federal dar “ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (art. 103, parágrafo 2º). A decisão é meramente declaratória.

Assim, as decisões de mérito na ação direta de inconstitucionalidade por omissão fazem coisa julgada com efeito *erga omnes*, já as proferidas em relação ao mandado de injunção, por sua vez, geram efeitos *inter partes*. No caso de mandado de injunção coletivo, os efeitos estendem-se ao universo dos substituídos.

DECISÕES IMPORTANTES PROFERIDAS NO MANDADO DE INJUNÇÃO E NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Percebemos que a adoção do Mandado de Injunção e do processo de controle abstrato da omissão tem ensejado intensas discussões na doutrina e na jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal, num primeiro momento, decidiu equiparar o Mandado de Injunção à Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, onde decide que,

“Ele (o mandado de injunção) (...) ação que se propõe contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade omissos quanto à norma regulamentadora necessária à viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o art. 5º, LXXI, da Constituição, e que se destina a obter sentença que declare a ocorrência da omissão constitucional, com a finalidade de que se dê ciência ao omissor dessa declaração, para que se adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º, da Carta Magna) com a determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais ou administrativos, se tratar de direito constitucional oponível ao Estado, mas cujo exercício está inviabilizado por omissão deste”.⁶⁴

O Supremo Tribunal Federal foi extremamente criticado por esta decisão, por não ter explorado todas as potencialidades que o instituto do Mandado de Injunção oferece, tendo-lhe conferido os mesmos efeitos insatisfatórios dados à Ação de Inconstitucionalidade Por Omissão.

Nesse contexto, estava se retirando qualquer possibilidade de garantia dos direitos dos cidadãos quanto à omissão constitucional de normas. Neste sentido defende Clémerson Cléve,

“Aceite-se que o Constituinte foi arrojado quando instituiu o mandado de injunção. Lamenta-se, entretanto, a imperfeição técnica do dispositivo que o contempla. Este fato permitiu os desencontros que a experiência constitucional recente conheceu nesse campo: - tribunais e juizes despidos de “vontade constitucional”, inibindo as potencialidades do instituto; doutrinas temerárias propondo, implicitamente, a destruição do modelo constitucional do Estado Democrático de Direito, inequívoca conquista universal, ao oferecer

⁶⁴ MI 42-5-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 7.02.90.

aos juizes competência normativa subsidiária; e, finalmente, teses refratárias elaboradas para aniquilar a nova garantia.”⁶⁵

Aos poucos, entretanto, adveio um indiscutível progresso quanto às jurisprudências do Supremo Tribunal Federal a respeito dessa matéria. No ano de 1991, foram julgados os Mandados de Injunção de números 232, 283 e 284, e aqui vieram os primeiros, e até nesse momento os mais significativos avanços.

No MI 232/RJ⁶⁶ (Rel. Ministro Moreira Alves), impetrado para viabilizar o exercício do direito constante no art. 195, parágrafo 7º, da Constituição Federal, que estabelece o seguinte: "*São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei*".

No caso, a impetrante, entidade civil de fins filantrópicos, defendia que havia esgotado o prazo fixado no artigo 59, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para a deliberação, pelo Congresso, dos projetos de lei dispendo sobre a organização da Seguridade Social.

O Supremo Tribunal Federal concedeu o prazo de seis meses para que o legislativo tomasse as medidas necessárias de acordo com o disposto no art. 195, parágrafo 7º, caso contrário, vencido esse prazo sem que a obrigação fosse cumprida, o impetrante passaria a gozar da imunidade requerida.

⁶⁵ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 246.

⁶⁶ RTJ 137/965.

No presente caso, o Supremo Tribunal Federal proferiu uma decisão aplicável diretamente ao caso concreto, removendo o obstáculo (reserva de lei) existente à fruição dos direitos invocados, aqui podemos perceber uma adoção da *posição concretista individual intermediária*, de maneira inédita no Supremo.

No MI 283 (Rel. Ministro Pertence) daria a Supremo Tribunal Federal o segundo e mais importante passo, no resgate das reais finalidades do instituto. A impetração tinha por base o disposto no § 3º do art. 8º do ADCT⁶⁷, que concedia reparação econômica, com prazo para vigência de 12 meses, aos cidadãos impedidos de exercer suas atividades profissionais na vida civil, por força de atos arbitrários do Ministério da Aeronáutica, no período ditatorial.

O Supremo Tribunal Federal, decidiu que, em não estando editada a lei,

"vencido o prazo... legitimado (está) o beneficiário da reparação mandada conceder, a impetrar Mandado de Injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional, de exercício obstado pela omissão legislativa... Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado é a entidade estatal á qual igualmente se deva imputar a mora legislativa..., é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito". "Premissas de que resultam, na espécie, o deferimento do MI para: a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República; b) assinar o

⁶⁷ Art. 8º, parágrafo 3º, do Ato Das Disposições Constitucionais Transitórias - 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-GM%, de 19.6.1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

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."

A citada decisão constituiu um avanço no sentido de que fixou um prazo, o qual não estava previsto na Constituição para Mandado de Injunção, e permitiu que o impetrante pudesse usufruir desde já os possíveis benefícios advindos de lei posterior à coisa julgada, pois esse lapso temporal já havia sido rompido, aqui vemos a adoção da posição *concretista individual direta*.

No MI 284 (Rel. Ministro Celso de Mello), levou-se em conta o já ocorrido com a decisão anterior (descumprimento do provimento 'mandamental', apesar de fixados prazo e cominação). Diante disso, deliberou o Tribunal que,

"reconhecido o estado de mora inconstitucional..., e considerando que, embora previamente cientificado no MI 283, ... , absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se prescindível nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do direito comum, a ação de reparação instituída em seu favor pelo preceito transitório".

Há outras decisões seguem no mesmo sentido, dentre as quais registram-se os julgamentos do MI 384, em 5.8.1993 e do MI 447, em 5.5.1994.

Ao julgar os MI 369 e MI 95, respectivamente, em 19.8.1992 e em 7.10.1992, impetrados ante a falta de regulamentação do direito ao Aviso Prévio Proporcional, a Corte Suprema, por sua maioria, retrocedeu à velha posição de 1989, reafirmando o caráter meramente declaratório da Injunção.

Assim, apenas declarou a mora do Congresso "*exortando-o*" a supri-la. Manteve, também, seu entendimento de que a legitimação passiva é apenas do órgão devedor da norma, e não do devedor da prestação correspondente ao direito subjetivo. Assim, foram excluídos dos feitos respectivos, a União Federal e o Banco de Roraima S. A, mantendo-se, apenas, o Congresso.

Os MI 211 e MI 263, julgados em 10.11.1993 tratavam, ambos, da aplicação do § 5º do art. 40 da CF, que dispõe corresponder a pensão por morte "*à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido*", com o adendo da expressão "*até o limite estabelecido em lei...*".

Nos dois casos, a Corte declarou que, em já estando estabelecido, no texto constitucional, um limite que não pode ser ultrapassado pelo legislador ordinário, segue-se a impossibilidade de uma lei vir a dispor diferentemente, de ultrapassar tal barreira, sob pena de submissão da regra constitucional, ao legislador ordinário.

Por essa razão, deles não conheceu, entendendo ser auto-aplicável a norma. Esta decisão se situa, como evidente, na linha da atribuição da maior eficácia possível às normas constitucionais.

No Mandado de Injunção n.º 448, julgado 5.9.1994, pretendia conferir eficácia ao disposto no art. 203, V, que garante "*um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção... , conforme dispuser a lei.*"

Embora a decisão tenha permanecido nos limites tradicionais da jurisprudência da Corte Suprema, de certo merece menção novamente ao voto divergente do Ministro Néri da Silveira:

"Penso que a decisão do Supremo Tribunal Federal não pode ser inócua... Se, depois de 5 anos, o Congresso não elaborou a lei e os legitimados ao benefício vêm ao Supremo Tribunal Federal pedir uma solução, creio que esta Corte deve, desde logo, notificar o Congresso, estabelecendo um prazo. Se dentro desse prazo, que assentaria em 120 dias, o Congresso não concluir a elaboração da lei, ... admito conhecer da Reclamação dos requerentes, que continuam legitimados e com interesse de agir em que o Supremo Tribunal Federal lhes assegure o exercício desse direito constitucional... Há duas hipóteses: se os fatos estiverem líquidos nos autos, o tribunal poderia decidir, desde logo, o pedido. Do contrário... a parte comprovaria os pressupostos nas vias ordinárias. .. Com isso se conciliariam a autonomia do Legislativo, no sentido de elaborar a lei, e o direito dos cidadãos assegurado pela Constituição."

De grande importância para a evolução das decisões acerca do Mandado de Injunção foi a ADIMC 1458 - ajuizada em 23.05.96 (Rel.min.Celso de Mello) pela Confederação de Trabalhadores, em face do Congresso e do Presidente da República, alegando omissão parcial na fixação do Salário Mínimo previsto no inciso IV do art. 7º, e pretendendo o suprimento da referida omissão parcial (refletida na insuficiência do valor) pelo Supremo Tribunal Federal.

Os magistrados ao analisarem o caso concreto, reconheceram através de uma decisão que,

"ao dever de legislar imposto ao Poder Público -- e de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico-social e de caráter econômico-financeiro (art. 7º, IV) – corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais ... e a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem a preservar... o poder aquisitivo..."

Ao firmar entendimento no sentido de que:

"a procedência da ADIn por Omissão ... confere ao STF, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias l", e que "não assiste ao Supremo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de Inconstitucionalidade por Omissão (CF art. 103, § 2º) a prerrogativa de expedir provimentos normativos (para) ... suprir a inatividade do legislador..."

A Corte certamente deixa entrever que fora dessa sede processual (Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão), e à margem das limitações fixadas no § 2º do art. 103, a outra espécie de provimento, que era a pretendida pelo autor (suprimento judicial), poderia ser concedida.

No RMS 22.307 (Rel. Min. Marco Aurélio - julgado em 19.02.97), adota o STF, o que constitui um grande avanço, em matéria de omissão parcial com exclusão de benefício e ofensa à isonomia, a tese da "extensão do benefício à categoria inconstitucionalmente excluída".

O Ministro, o fez significativamente, não em sede de Mandado de Injunção, mas de Mandado de Segurança, ao decidir o RMS 22.307, relativo ao reajuste de 28,86% dos servidores federais. A ordem foi concedida pelo Relator, que entendeu: a) ter havido revisão geral de vencimentos, deixando de fora servidores civis; b) que tal deficiência acarretou ofensa ao princípio da isonomia; c) que o preceito contido no inciso X do artigo 37, uma garantia constitucional do servidor, é auto-aplicável.

Vemos que os maiores avanços ocorridos foi quando o Supremo Tribunal Federal entendeu haver-se expirado o prazo constitucional (ou o que seria "razoável") para o legislador e, a seu ver, coincidiam, na mesma entidade estatal, o obrigado à elaboração da norma e o obrigado à prestação.

Nesse caso específico, a Corte Suprema fixou novo prazo (desta vez judicial) e, descumprido também este, incidiu a sanção – consistente em ter-se por dispensável a norma regulamentadora abstrata. A partir de tal dispensa, em um dos casos, o Impetrante entrou diretamente no gozo do benefício, e, em outros, foi autorizado a ajuizar nova ação, no juízo comum competente. Esse órgão judicial, por sua vez, ficava autorizado a aplicar a norma ao caso concreto.

Podemos dizer que foi um passo positivo, mas não foi tudo. Um longo caminho ainda deve ser percorrido para que se conceda uma efetivação integral das potencialidades que possuem ambos os institutos.

O quê se espera é a perpetuação desses avanços, rumo a um posicionamento mais consistente não só do Supremo, mas de todo o nosso

Sistema Judiciário, voltado à garantia da plena normatividade e efetividade da Constituição, cuja meta corresponde ao objetivo de todos aqueles comprometidos com a concretização de uma sociedade mais justa e igualitária, onde o primeiro passo consiste em tornar realidade todos os sonhos e conquistas depositados na nossa Constituição.

CONCLUSÃO

A partir da Constituição de 1988 e da incorporação nesta dos direitos e garantias fundamentais, faz-se necessário a construção de uma dogmática jurídica que tenha por objetivo tornar a Lei Fundamental uma Constituição normativa integral. O que pressupõe a construção de instrumentos suficientes para atender não somente os casos de violação da Constituição por ato comissivo, como também o seu descumprimento em virtude de ato omissivo.

Há de se esperar que a inércia do Poder Legislativo não possa fazer com que nossa "Carta Magna" se torne um "manual das boas intenções" ou, por que não dizer, autêntica "letra morta". Seria jogar por terra os princípios basilares do nosso Estado Democrático de Direito. O que espera o legislador originário é que tais princípios ou direitos sejam cumpridos ou fruíveis a qualquer custo, e que a discricionariedade não vire arbitrariedade.

Nesta ótica temos a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, duas grandes conquistas, que se propõem a suprir a omissão que se apresenta como um empecilho à fruição dos direitos fundamentais.

Vem ocorrendo que, pela inexistência de uma vontade constitucional por parte dos operadores jurídicos, que em sua maioria propõe teses obliteradoras contra estas duas grandes conquistas, são inibidas as grandes

potencialidades do instituto, que acabam não sendo explorados em toda sua capacidade.

Acortinando-se sob a desculpa de não interferimento nas outras esferas do poder, o Judiciário “procura agulha no palheiro” ao deixar de suprir a inércia do Poder Público, quando somente declara a inconstitucionalidade omissiva, sem dar a verdadeira efetividade, o que seria dar o provimento necessário até que o órgão responsável regule o direito, o que contraria flagrantemente a vontade do legislador Constituinte Originário.

Ora, é inimaginável dizer que há incompatibilidade entre a Teoria da Separação dos Poderes e o provimento judicial do direito garantido constitucionalmente pelo Estado Juiz em detrimento da omissão do Legislativo e/ou do Executivo, ainda mais se houver, após a declaração da inconstitucionalidade, prazo para o “concerto” da omissão, e esse lapso temporal for rompido sem nenhuma providência.

A Constituição, ao determinar que as facetas do Poder (que é uno), tais quais o Legislativo, Judiciário e Executivo, são independentes e harmônicos entre si, coaduna com a doutrina americana do “check and balances”

Segundo essa construção jurídico-política, a Constituição, mesmo ao prever diferentes funções estatais para cada um dos “Poderes”, garantindo-as independência suficiente para seu perfeito funcionamento, estabeleceu um sistema de “freios e contrapesos” para a harmonia ideal para a sociedade.

Nesses termos, podemos dar como exemplo o processamento e julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República (Executivo) e dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (Judiciário), sob a responsabilidade do Senado Federal (Legislativo), que também aprova a escolha presidencial dos novos membros do Sinédrio Federal.

Faz-se necessário que se respeite o conceito legal-constitucional destes institutos, e que sejam aplicados em todo seu teor normativo. Busca-se um maior comprometimento dos operadores do direito com os preceitos constitucionais, que empreendam uma luta a favor da efetivação dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

Cabe, assim, para um aperfeiçoamento e maior exploração da potencialidade destas técnicas processuais, discutir menos sobre a eficácia ou não destes institutos, que além de visarem salvaguardar os direitos garantidos por nossa Lei Fundamental Maior, foram por Ela própria criada, e aplicá-los mais em toda sua potencialidade, sob pena de putreficar a vontade do nosso Legislador Originário, mortificando assim os direitos de quem verdadeiramente emana o Poder: o povo.

BIBLIOGRAFIA

ACKEL FILHO, Diomar. Writs Constitucionais: "habeas corpus", Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, "habeas data". São Paulo: Saraiva, 1988.

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid, 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Princípio da Isonomia: Dequiparações Proibidas, Desequiparações Permitidas. In: Revista trimestral de Direito Público, nr. 01, 1993, p. 156-158.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COELHO, Inocêncio Mártires. Sobre a Aplicabilidade da Norma que instituiu o Mandado de Injunção. Revista de Informação Legislativa. n. 104, 1989.

DANTAS, Ivo. O Valor da Constituição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996.

DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e Seus Efeitos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DUARTE, Marcelo. Mandado de Injunção. Revista de Informação Legislativa. n. 110, 1991.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Apontamentos Sobre o Controle de Constitucionalidade. RPGESP dez/90.

_____. *A Inércia no Plano Constitucional*. RPGESP 19/90.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FRANCISCO, Ivo Dantas Cavalcanti. Mandado de Injunção. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

GOMES, Randolpho. Mandado de Injunção. Rio de Janeiro: edições trabalhistas, 1989.

GRAU, Eros Roberto . A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica). Ed. Revista dos Tribunais.

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. Porto Alegre. Editora SAFE, 1997.

JÚNIOR, José Cretella – Elementos de Direito Constitucional. Editora Revista dos Tribunais, 1995.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Coimbra, Armênio Amado Editor, 4. ed. 1979.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro – Constituição Federal. Ed. Revista dos Tribunais, 4 ed. 1999.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade Por Omissão. Revista de Informação Legislativa. n. 101, 1989.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Dos Efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Ação e Por Omissão.

MEIRELLES, Hely Lopes. Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data". 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 4. ed. São Paulo : Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes de. O Mandado de Injunção. Revista de Informação Legislativa. n. 100, 1988.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. Controle da Constitucionalidade das Leis. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. Remédios Constitucionais. 2. ed. São Paulo: W.V.C., 1992.

ROSAS, Roberto. Princípios Constitucionais do Processo Civil. Revista dos Tribunais. 2. ed. São Paulo, 1997.

SARAIVA, Paulo Lopo. O Mandado de Injunção, os Direitos Sociais e a Justiça Constitucional. Revista de Informação Legislativa. n. 108, 1990.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. Destinação e Utilidade do Mandado de Injunção. Revista de Informação Legislativa. n. 112, 1991.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15. ed. São Paulo: Frase, 1998.

SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. Lineamentos do Mandado de Injunção. Revista dos Tribunais. 1. ed. São Paulo, 1993.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2002.

SIDOU, J. M. Othon. Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular – As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos. São Paulo: Companhia Editora Forense, 1992.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional Ed. Malheiros, 11. ed., 1995.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ, José Rogério. Constituição de 1988 e Processo: Regrimentos e Garantias Constitucionais do Processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

VELLOSO, Carlos Mário. As Novas Garantias Constitucionais. Revista de Direito Administrativo. n. 177, 1989.

ARTIGOS

ARAGON, Célio da Silva. Mandado de Injunção. In: "A priori", INTERNET. Disponível em <<http://www.apriori.com.br>>. Acesso em: 2 jan. 2006.

BERNARDES, Juliano Taveira. Novas Perspectivas do Controle da Omissão Inconstitucional no Direito Brasileiro. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 1 fev. de 2006.

GOMES, Joaquim Barbosa. O Debate Constitucional Sobre as Ações Afirmativas. <www.mundojuridico.com.br>. Acesso em: 2 jan. 2006.

LUZ, Christian Machado da. Aspectos gerais e eficácia do mandado de injunção. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

MACHADO, Mariana de Moura A. Controle de Constitucionalidade. DireitoNet, São Paulo, 18 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br>>. Acesso em: 7 fev. 2006.

MIRANDA, Jorge. A Inconstitucionalidade Por Omissão e o Provedor de Justiça. Disponível em: <<http://www.provedor-jus.pt>>. Acesso em: 2 jan. 2006.

PAULO, Vicente. E Afinal, a ADIn é *ex tunc* ou *ex nunc*? Disponível em: <<http://www.vemconcursos.com>>. Acesso em 1 fev. de 2006.

SOUTO MAIOR FILHO, Marcos Antônio. Mandado de Injunção, Letra Morta ou Não? Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 25 jan. 2006.