

## SEÇÃO CÍVEL

### Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção

ROQUE ANTONIO CARRAZZA (\*)  
Procurador de Justiça — SP

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão — 2.1 Generalidades — 2.2 A omissão legislativa inconstitucional — 2.3 A omissão administrativa inconstitucional — 2.4 Efeitos da decisão que declara a existência da inconstitucionalidade por omissão — 2.5 Exemplos práticos — 2.6 O controle, pelos Estados-membros, da inconstitucionalidade por omissão. 3. O mandado de injunção — 3.1 Observações iniciais. Conceito. Alcance — 3.2 Procedimento — 3.3 Incaducabilidade — 3.4 Cabimento. Semelhanças e dissemelhanças com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão — 3.5 Efeitos — 3.6 Esclarecimentos necessários — 3.7 Novas colocações — 3.8 Medida liminar — 3.9 Ministério Público — 3.10 Especificidades — 3.11 Últimas considerações. 4. Conclusão geral.

#### 1. Introdução

Neste artigo voltaremos nossas atenções para duas garantias constitucionais,<sup>(1)</sup> a saber: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Junto a elas transita a mesma e louvável idéia de que os direitos constitucionais não devem, por falta de atos normativos que os viabilizem, permanecer no plano das aspirações irrealizadas.

De fato, a Lei Maior de 1988 contém muitos avanços, nos campos social, político, econômico, etc. Ora, o constituinte, temendo que tais avanços ficassem apenas no papel, procurou criar institutos adequados à sua concretização. Dois deles são, justamente, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

(\*) Professor Titular da Cadeira de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

(1) — As garantias constitucionais existem para assegurar o exercício dos chamados “direitos constitucionais”.

Ambos pressupõem a existência de um direito constitucional da parte de quem os invoca e, mais do que isso, a impossibilidade de exercê-lo, por falta de uma legislação integradora do Texto Supremo, é dizer, de normas regulamentadoras infraconstitucionais.

Trataremos, pois, sucessivamente, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, apontando-lhes os pontos de contato e as principais diferenças.

## 2. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão

### 2.1 Generalidades

Ao lado da inconstitucionalidade por ação (ou positiva) — que se traduz em atos jurídicos que infringem a Constituição — existe a inconstitucionalidade por omissão (ou negativa). Esta última resulta, em linhas gerais, da inércia ou do silêncio de qualquer órgão de poder, que, num lapso de tempo razoável, deixa de praticar, ou pratica apenas em parte, ato exigido pela Constituição.

Assim, a inconstitucionalidade por omissão pode ser total ou parcial, conforme, aliás, ensina Jorge Miranda:

“Quanto à inconstitucionalidade por omissão, é total aquela que consiste na falta absoluta de medidas legislativas ou outras que dêem cumprimento a uma norma constitucional ou a um dever prescrito por norma constitucional e parcial aquela que consiste na falta de cumprimento do comando constitucional quanto a alguns dos seus aspectos ou dos seus destinatários”.<sup>(2)</sup>

Muito bem, com o advento da Carta de 1988, passou a ser possível, no Brasil, o controle da inconstitucionalidade por omissão. Ele é levado a cabo por meio de uma ação específica: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão vem genericamente referida no artigo 103 da Constituição Federal.

Como enfatiza Anna Candida da Cunha Ferraz,<sup>(3)</sup> ao lado do tradicional controle do ato inconstitucional, a Carta de 1988 criou o controle da “omissão” ou da “inércia” constitucional. Tal controle tem por objeto “a omissão dos poderes e órgãos administrativos, que deixam de criar normas ou de praticar atos requeridos pela própria Constituição, para sua efetiva aplicação”.<sup>(4)</sup> Esta omissão tanto pode ser do Poder Legislativo como do Poder Executivo.

Tem legitimidade ativa para propor a ação de inconstitucionalidade por omissão qualquer das pessoas ou entidades arroladas no artigo 103, da Constituição Federal (o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, o Governador do Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional, etc.).

Portanto, diante da não edição de lei<sup>(5)</sup> ou de ato normativo aptos a darem plena eficácia a normas constitucionais, o Presidente da República, o Governador

(2) — Manual de Direito Constitucional, tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2.<sup>a</sup> ed., 1983, pág. 295 — grifamos.

(3) — Apontamentos sobre o Controle de Constitucionalidade, in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 34/35.

(4) — Idem, *ibidem*, pág. 37 — grifamos.

(5) — Este termo está empregado no sentido de lei *lato sensu*, estando nele compreendidas, portanto, a lei complementar, a lei ordinária, a lei delegada, a resolução do Senado, etc.

do Estado, a Mesa do Senado Federal, o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, etc. poderão ajuizar a ação que ora faz nossos cuidados.

Na esfera federal (porque, como veremos, a ação em tela é possível no âmbito dos Estados-membros), proposta a ação de inconstitucionalidade por omissão, o Procurador-Geral da República deverá ser necessariamente ouvido, a teor do § 1.<sup>o</sup>, do artigo 103, da Lei Maior.<sup>(6)</sup> Não, porém, o Advogado-Geral da União, pois este, nos termos do § 3.<sup>o</sup>, deste mesmo artigo 103,<sup>(7)</sup> só deverá ser citado para defender o “ato ou o texto impugnado”, não a omissão.

### 2.2 A omissão legislativa inconstitucional

Esta ação cabe, em primeiro lugar, diante da situação que há nome **omissão legislativa inconstitucional ou silêncio legislativo inconstitucional**.

Em sentido técnico-jurídico, a omissão legislativa inconstitucional não se dá com a simples inação do Poder Legislativo, mas quando ele deixa de legislar sobre questão a que estava constitucionalmente obrigado.

Melhor dizendo, há omissão legislativa inconstitucional sempre que o Legislativo deixa de cumprir **ordens constitucionais de legislar**. Não é, pois, o simples descumprimento do **dever geral de legislar** que cria a omissão legislativa inconstitucional, mas a desobediência a uma exigência constitucional de legislar.<sup>(8)</sup>

Nesse sentido, a lição escorreita de José Joaquim Gomes Canotilho:

“As omissões legislativas inconstitucionais derivam do não cumprimento de **imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito**, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da Constituição”.<sup>(9)</sup>

É o caso, agora, de perguntarmos: quando está presente o dever constitucional de legislar?

I — Está presente, por sem dúvida, quando a Constituição o impõe expressamente, isto é, quando emite uma **ordem concreta de legislar**. Assim, por exemplo, o artigo 5.<sup>o</sup>, XLVI, da CF, que determina: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:...”.

II — Está presente, por igual modo, quando a Constituição dirige ao legislador uma imposição permanente e concreta. É o caso do artigo 208, I, da CF, que prescreve: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria”.

(6) — CF: “Art. 103, § 1.<sup>o</sup> O Procurador Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal”.

(7) — CF: “Art. 103, § 3.<sup>o</sup> 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”.

(8) — Pode, eventualmente, haver uma omissão legislativa inconstitucional parcial. Esta se dá quando o legislador cumpre, de modo incompleto, a ordem concreta de legislar (v.g., quando, embora edite lei, deixa de favorecer pessoas, grupos ou situações que preenchem os mesmos pressupostos de fato).

Também diante da omissão legislativa inconstitucional parcial tem cabimento a ação em tela. Entendimento contrário afrontaria o **princípio da igualdade** e levaria ao absurdo de permitir que o Legislativo afastasse a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cumprindo (ou começando a cumprir) apenas parcialmente, seu dever concreto de legislar.

(9) — **Direito Constitucional**, Livraria Almedina, Coimbra, 4.<sup>a</sup> ed., 1986, pág. 829 — os grifos estão no original.

III — Está, por fim, presente, quando a Constituição veicula normas que, embora não tipifiquem ordens de legislar, exigem, implicitamente, mediação legislativa para se tornarem operativas. É o que se dá com o parágrafo único, do artigo 85, da CF, que prevê lei especial, estabelecendo as normas de processo e julgamento dos crimes de responsabilidade.

Decidindo que há qualquer uma dessas situações, o Supremo Tribunal Federal dará conhecimento da existência da inconstitucionalidade por omissão ao Poder Legislativo. Fará isto, não por mera cortesia, mas, segundo acentuam Gomes Canotilho e Vital Moreira, "... como forma intencionada de sublinhar perante o órgão competente a ilicitude da omissão constitucional em que está incurso e o seu dever constitucional de lhe pôr cobro".<sup>(10)</sup>

Evidentemente, o Pretório Excelso não criará a norma legal faltante nem se pronunciará sobre o modo pelo qual a omissão inconstitucional deverá ser superada. Em suma, a decisão não eliminará a inconstitucionalidade, mas, apenas, a constatará oficialmente.

Nesse sentido, portanto, quando a omissão for do Legislativo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não possui nenhum efeito jurídico direto. De qualquer modo, torna patente a omissão inconstitucional e, ainda que a exortação judicial não afaste a inércia legislativa, facilita, à parte lesada, a obtenção de indenização (responsabilidade do Estado por omissão legislativa).

Reiteramos que, julgada procedente a ação pelo Supremo Tribunal Federal e, portanto, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência da decisão ao Poder Legislativo, para que adote as providências necessárias à corporificação dos desígnios constitucionais. Neste caso, o Supremo limitar-se-á a fazer uma comunicação, que este Poder atenderá ou não, de acordo com critérios exclusivamente políticos.

De fato, o desatendimento à comunicação não implicará em responsabilidade. Percebemos, aqui, nitidamente, que a Constituição prestigiou ao máximo o princípio da harmonia e independência dos Poderes, a ponto de haver impedido que o Judiciário dê ordens ao Legislativo, que, por assim dizer, é o primeiro Poder a colocar em movimento os ditames constitucionais. Ao Judiciário, como sabemos, o constituinte reservou outro papel, não menos relevante: o de guardião da constitucionalidade dos atos normativos.

### 2.3 A omissão administrativa inconstitucional

A ação de inconstitucionalidade por omissão cabe, também, diante de omissão administrativa inconstitucional.

Deveras, ao contrário da Constituição Portuguesa (art. 283, 1), que lhe serviu de inspiração, nossa Carta Magna não restringiu as omissões inconstitucionais às omissões legislativas, mas as entendeu às omissões de "órgão administrativo". Andou bem, porquanto a inexecução da Constituição, muitas vezes, decorre não propriamente da falta de leis, mas da inexecução das leis existentes. Em síntese, a inconstitucionalidade por omissão pode consistir numa ilegalidade por omissão. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão permite que esta ilegalidade por omissão (que leva a uma inconstitucionalidade por omissão) seja afastada.

(10) — Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra Editora, Coimbra, 1978, pág. 551.

Julgada procedente a ação, o Supremo dará ciência da inconstitucionalidade por omissão ao Executivo, só que agora para baixar o ato cabível, no prazo de 30 dias, sob pena de responsabilidade. Tudo isto vem estipulado no § 2.º, do artigo 103, da CF.<sup>(11)</sup>

Convém termos presente que a omissão do Executivo pode caracterizar-se, não só pela não edição de normas, como também pela não tomada de medidas de efeitos concretos, aptas a dar efetividade a normas constitucionais (p. ex., a não aquisição de material hospitalar, inviabilizando o direito à recuperação da saúde, veiculado em norma contida no artigo 196, da CF).

Escrevemos acima que se a omissão for do Legislativo, o Supremo limita-se a dar-lhe ciência de sua decisão, na expectativa de que este Poder cumpra seu dever de legislar. Situação diversa, porém, ocorre se a omissão for do Poder Executivo. Se este, ao cabo de trinta dias, ainda não tiver tomado a providência determinada pelo Supremo, haverá responsabilidade.

Nesse caso, portanto, o Supremo Tribunal Federal não se limita a dar conhecimento da existência de inconstitucionalidade por omissão, mas ordena ao órgão administrativo que, sob pena de responsabilidade, edite, no prazo máximo de 30 dias, as normas destinadas a desencadear as imposições constitucionais permanentes e concretas.

### 2.4 Efeitos da decisão que declara a existência da inconstitucionalidade por omissão

Verificando que determinada norma constitucional que impõe um dever geral de legislar não é executável por si mesma e que as normas legislativas ou administrativas existentes não são capazes de torná-la exequível, o Supremo Tribunal Federal deve declarar a existência da inconstitucionalidade por omissão.

Mas, conforme assinalamos, o Supremo, dando pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não legisla, nem executa; simplesmente declara a omissão (se a inércia for do Legislativo) ou determina a execução (se a inércia for do Executivo). Com isso, a Constituição da República, como já dissemos, reforçou o princípio da harmonia e separação dos Poderes, uma vez que proibiu que o Supremo Tribunal Federal editasse lei (no lugar do Poder Legislativo) ou a executasse (no lugar do Poder Executivo).

À vista do exposto, temos que a decisão, na ação de inconstitucionalidade por omissão, tem eficácia basicamente declaratória. Dizemos basicamente declaratória (e, não, exclusivamente declaratória) porque ela também possui, em relação ao Executivo, eficácia mandamental média, pois o concita a praticar o ato, sob pena de responsabilidade e, em relação ao Legislativo, eficácia mandamental mínima, já que, como vimos, embora não o compila a editar a lei, atesta publicamente sua omissão, aplicando-lhe, grosso modo, uma sanção de natureza política.

É importante frisarmos que tal decisão produz efeitos *ex tunc*, ou seja, retroage seus efeitos à data em que a omissão se materializou.

(11) — CF — "Art. 103, § 2.º 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".

Pensamos igualmente que, se apesar de decretada a procedência da ação, o Legislativo ou o Executivo permanecerem omissos, a questão, independentemente de sanções de outra natureza, poderá se resolver, para a parte lesada, em perdas e danos (por inércia do Poder Público).

## 2.5 Exemplos práticos

Em seguida, para não ficarmos na aridez da teoria, vamos dar dois exemplos práticos, que reputamos elucidativos.

I — O artigo 179 da Constituição Federal determina que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”.

Pois bem, digamos que, por inércia do Congresso Nacional, uma empresa de pequeno porte não possa desfrutar, em relação a um dado tributo federal, das vantagens supra-referidas. Nesse caso, está facultada a requerer, a qualquer das pessoas ou entidades elencadas no artigo 103, da Constituição Federal, que promova, perante o Supremo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A par disso, poderá entrar com ação indenizatória contra a União (por danos causados pela omissão legislativa).

II. Vejamos outro exemplo — agora de falta de ato administrativo — capaz de ensejar o ajuizamento da mesma ação constitucional: pessoa, moradora em região erma do País, não pode fruir de seu direito constitucional de acesso à escola (art. 108, § 1.º, da CF), porque o Poder Executivo federal se manteve omissos, isto é, não construiu o prédio, nem contratou funcionários, nem realizou concurso público para a seleção de professores, nem levou a cabo as necessárias licitações para a aquisição de carteiras, quadros-negros, etc. Nessa hipótese, o interessado poderá, além de valer-se das ações comuns (para condenar a União à prática de tais atos administrativos concretos), requerer a qualquer das pessoas ou entidades elencadas no artigo 103, da CF, que ajuíze a ação de inconstitucionalidade por omissão.

## 2.5 O controle, pelos Estados-membros, da inconstitucionalidade por omissão

Muito de passagem, queremos registrar que, também na esfera estadual, pode haver a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Deveras, não é vedado, às Constituições Estaduais, adotarem, nessa matéria, o modelo federal. Em linguagem mais técnica, o Poder Constituinte decorrente, de que estão investidos os Estados-membros, é livre para introduzir, ou não, na esfera local, o controle da inconstitucionalidade por omissão.

E, de fato, as Constituições estaduais previram a ação de inconstitucionalidade por omissão. De um modo geral, porém, limitaram-se a, com ligeiríssimas adaptações, copiar a Constituição Federal.

A Carta Paulista, por exemplo, infelizmente também acabou enveredando pela trilha aberta pelo constituinte nacional.

Só para registro, na Constituição do Estado de São Paulo, o controle concen-

trado pode alcançar a omissão constitucional (arts. 74, VI<sup>(12)</sup> e 90, **caput**<sup>(13)</sup> e os efeitos da decisão (que declara a inconstitucionalidade por omissão), são estabelecidos no § 4.º, deste mesmo artigo.<sup>(14)</sup>

Sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, essas as idéias principais.

Cuidemos, agora, do mandado de injunção.

## 3. O mandado de injunção

### 3.1 Observações iniciais. Conceito. Alcance

O mandado de injunção é uma das boas novidades da Carta de 1988. Segundo pensamos, o constituinte, no louvável propósito de impedir que omissões do Legislativo tolhessem a plena eficácia de normas constitucionais, criou a figura do mandado de injunção.

Queremos ressaltar, desde logo, que não há, no direito comparado, nenhum instituto semelhante ao nosso mandado de injunção. A própria **injunction** do direito norte-americano, que inspirou o nome da ação constitucional em pauta, com ela não guarda nenhuma semelhança.<sup>(15)</sup>

O mandado de injunção vem genericamente previsto no artigo 5.º, LXXI, da Constituição Federal, que estatui: “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”.

Podemos, pois, conceituar o mandado de injunção como sendo o procedimento, previsto na Carta Suprema, pelo qual se visa obter ordem judicial que assegure, no caso concreto, o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando inviável, por falta de norma regulamentadora. Ele permite o desfrute, em toda a latitude do termo, dos direitos e liberdades constitucionais e, nesse sentido, a realização prática do disposto no artigo 5.º, § 1.º, da Constituição Federal.<sup>(16)</sup>

(12) — Constituição do Estado de São Paulo: “Art. 74. Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente: (...) VI — a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, contestados em face desta Constituição, o pedido de intervenção em Município e ação de inconstitucionalidade por omissão, em face de preceito desta Constituição” (grifamos).

(13) — Constituição do Estado de São Paulo: “Art. 90. São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaduais ou municipais, contestados em face desta Constituição ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição, no âmbito de seu interesse: ...” (grifamos).

(14) — Constituição do Estado de São Paulo: “Art. 90 (omissis): (...) § 4.º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma desta Constituição, a decisão será comunicada ao Poder competente para a adoção das providências necessárias à prática do ato que lhe compete ou início do processo legislativo, e, em se tratando de órgão administrativo, para a sua ação em trinta dias, sob pena de responsabilidade”.

(15) — Vide, a respeito, Marcelo Figueiredo, “O Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão”, S. Paulo, Ed. RT, 1991, págs. 29 a 32.

(16) — CF: “Art. 5.º (omissis) — § 1.º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

É o caso de imediatamente afirmarmos que o mandado de injunção é apto à tutela dos direitos individuais, dos direitos coletivos<sup>(17)</sup> e, eventualmente, até dos direitos difusos.

Como observa José Afonso da Silva,<sup>(18)</sup> o mandado de injunção é uma ação constitucional, cujos lineamentos básicos estão apontados na própria Carta da República.

Assim, não há necessidade (ao contrário do que querem alguns) de lei especial definindo-lhe o processo. Tal lei, acaso venha a ser editada, apenas poderá vir a dar maior operatividade ao instituto em análise. Nada, porém, de essencialmente novo poderá lhe adicionar ou, muito menos, retirar.

Aliás, estranho seria se a norma constitucional que visa justamente elidir a falta de norma regulamentadora, que torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, dependesse — ela própria — de regulamentação legal, para tornar-se eficaz.

O direito, como queria Carlos Maximiliano, deve ser interpretado com inteligência, nunca de modo a que se chegue a um absurdo ou a conclusões inconsistentes ou impossíveis.

Portanto, o mandado de injunção não depende da edição de nenhuma lei processual, para poder ser impetrado.

Temos, destarte, que o aludido artigo 5.º, LXXI, veicula uma norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, como, aliás, estabelece o precitado artigo 5.º, § 1.º, da CF.

### 3.2 Procedimento

Apesar de tudo, convém seja editada, o quanto antes, uma lei que, sem modificar a natureza do mandado de injunção (o que implicaria em irremissível inconstitucionalidade), defina suas normas de processo e julgamento, de modo a dar maior segurança jurídica aos impetrantes.<sup>(19)</sup>

Pensamos, entretanto, que, enquanto isso não acontecer, o procedimento da injunção deve ser o ordinário (arts. 282 e segs., do CPC), que permite uma apreciação jurisdicional mais abrangente.

(17) — De regra, o mandado de injunção não se presta à defesa dos direitos coletivos, pois esses exigem norma aplicável a um número indeterminado de pessoas ou situações. Exemplificando, para melhor esclarecer, digamos que a flora de uma certa região não esteja sendo preservada. Isto fere o direito coletivo a tal preservação (art. 23, VII, c.c. o art. 225, § 1.º, VII, ambos da CF). Para que o direito coletivo seja atendido é necessária a edição de lei que regule, abstratamente, a proteção à flora, o que não é possível nem em ação de inconstitucionalidade por omissão, quanto mais em mandado de injunção. Todavia, situações há em que a tutela de direitos coletivos é possível, por via deste remédio constitucional. É o que demonstrou Carlos Ari Sundfeld, que, depois de lembrar que, nos termos do artigo 37, VIII, da Constituição Federal, as pessoas portadoras de deficiências têm direito a que a lei lhes reserve uma porcentagem de cargos e empregos públicos e as favoreça com critérios especiais de admissão, acrescentou: "Faltando a lei exigida pelo dispositivo, e sendo iniciado concurso público, é possível a impetração do mandado de injunção, em defesa do direito coletivo dos deficientes. Reconhecendo que a omissão inviabiliza o exercício do direito, o Judiciário estabelecerá um percentual (5%, 10%, etc.) dos cargos postos em concurso, para serem preenchidos pelos deficientes em geral" ("Mandado de Injunção", in Revista de Direito Público 94: 147/8).

(18) — "Mandado de Injunção e Habeas Data", S. Paulo, Ed. RT, 1989, pág. 9.

(19) — Marcelo Figueiredo, em sua obra já citada, nos dá conta (fls. 74/76), de que o Prof. Nelson Saldanha e outros juristas pernambucanos apresentaram, a pedido da Ordem dos Advogados do Brasil, um excelente anteprojeto de lei regulando o mandado de injunção.

Sendo assim, não há necessidade de a prova, no mandado de injunção, vir preconstituída, já que, a nosso sentir, pode haver instrução, nesta ação constitucional.

No mandado de injunção o impetrante tem o direito à obtenção de uma cautelar e, eventualmente, de uma liminar, sempre que a natural demora no julgamento da causa torne ineficaz sua definitiva concessão. O assunto vem regulado nos artigos 796 a 812, do CPC (que tratam do chamado poder geral de cautela) e, de modo mais direto, na legislação do mandado de segurança.

### 3.3 Incaducabilidade

O direito de impetrar o mandado de injunção é incaducável.<sup>(20)</sup> De fato, se o artigo 5.º, LXXI, da Constituição, não assinalou prazo para a impetração do mandado de injunção, não poderá fazê-lo nenhuma norma infraconstitucional.

Aqui chegados, trazemos novamente à colação os ensinamentos de José Afonso da Silva, quando remarca que o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas objeto desse remédio também não caducam.<sup>(21)</sup>

### 3.4 Cabimento. Semelhanças e dissemelhanças com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão

O mandado de injunção tem cabimento diante da ausência de norma infraconstitucional que daria plena eficácia à norma constitucional veiculadora de direitos e liberdades constitucionais ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Neste ponto, como é fácil percebermos, o mandado de injunção assemelha-se à ação de inconstitucionalidade por omissão. Mas, só neste ponto.

De fato, enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão só pode ser ajuizada pelas pessoas ou entidades arroladas no artigo 103, da CF, o mandado de injunção pode ser impetrado por qualquer pessoa atingida (ou ameaçada de ser atingida) pela falta de norma infraconstitucional que daria plena eficácia a norma constitucional veiculadora de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Tem, pois, legitimidade ativa para impetrar a injunção, qualquer pessoa que, em virtude da falta da referida norma regulamentadora, não está conseguindo exercer direito constitucionalmente assegurado. Também estão legitimadas a agir as entidades associativas (art. 5.º, XXI, da CF), a Defensoria Pública (art. 134, da CF) e, quando o direito for coletivo ou difuso, o Ministério Público (art. 129, II, da CF), os

(20) — Como incaducável, a nosso ver, é o direito de impetrar o mandado de segurança. Dizemos isso, embora não desconhecamos que, em relação ao mandado de segurança, tem prevalecido o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que só pode ser impetrado até 120 dias após a lesão ou a ameaça de lesão a direito líquido e certo não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*. Há lei específica dispondo nesse sentido (art. 18, da Lei n.º 1.533/51). Mesmo assim, entendemos que se a lesão ou a ameaça de lesão a direito líquido e certo estiver presente (isto é, se a ilegalidade ou abuso de poder estiver ainda em condições potenciais de causar prejuízos ao impetrante), não importa se a marca dos cento e vinte dias já foi superada. Afinal, direito conferido constitucionalmente sem qualquer restrição, não pode ser restringido por norma infraconstitucional. De fato, o mandado de segurança é, acima de tudo, uma ação constitucional e, por isso mesmo, não pode ter seu alcance amesquinhado quer pela legislação ordinária, quer pela via interpretativa. Desse modo, aliás, tem se pronunciado a melhor doutrina, tendo à testa o preclaro jurista Geraldo Ataliba.

(21) — Op. cit., pág. 52.

sindicatos (art. 8.º, III, da CF) e as entidades aptas, nos termos do artigo 5.º, LXX, da CF, a impetrarem mandado de segurança coletivo (partido político com representação no Congresso Nacional e organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano). Como ressalta Marcelo Figueiredo, “tudo leva a crer que será igualmente admitida a titularidade ativa a órgãos públicos despersonalizados e universidades patrimoniais, desde que haja capacidade processual para a defesa dos interesses dos impetrantes”.<sup>(22)</sup>

Já, tem legitimidade passiva para responder ao mandado de injunção a pessoa política cujo Legislativo, permanecendo omissa, tornou inviável o exercício de direito ou liberdade constitucional ou de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Os efeitos da decisão proferida na ação de inconstitucionalidade por omissão são *erga omnes*, ao passo que no mandado de injunção, são *inter partes*.

Concordamos, pois, com o já citado Marcelo Figueiredo quando enfatiza: “O importante e fundamental no mandado de injunção é a criação de uma norma individual, no caso concreto, para a realização de um direito já consagrado na Constituição”.<sup>(23)</sup>

Aprofundemos, um pouco mais, esta idéia.

### 3.5 Efeitos

O mandado de injunção, como vimos, visa à criação de uma norma individual, no caso *sub judice*; não à regulamentação genérica da norma constitucional cuja eficácia permanece contida. Estamos, uma vez mais, com José Afonso da Silva, quando sustenta que o mandado de injunção “não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional”.<sup>(24)</sup> Do contrário, estaríamos dando, a esse remédio, o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão, o que não nos parece correto. Na verdade, o que o impetrante almeja, no mandado de injunção, é poder fruir seu direito constitucional, independentemente da regulamentação genérica, que — é razoável supor — mais dia, menos dia, será levada a cabo.

Laboram em equívoco, portanto, os que sustentam que o Poder Judiciário, concedendo a injunção, deve baixar a norma regulamentadora faltante, assumindo o papel de verdadeiro legislador.<sup>(25)</sup> Adiantamos que essa posição, que implicitamente admite que o Judiciário avoque competências do Legislativo, vulnera o princípio da harmonia e separação dos Poderes e, destarte, à falta de autorização constitucional expressa, não pode prevalecer.

Outros, pelo contrário, defendem a idéia de que o Judiciário, no caso, deve limitar-se a ordenar ao Poder Legislativo omissa, que, dentro de um prazo razoável (especificado na própria decisão concessiva do mandado), edite as medidas viabilizadoras do exercício dos direitos e prerrogativas constitucionais que, contrariando os desígnios da Lei Maior, permanecem no plano das recomendações ou dos bons propósitos. Assim exortado, o Poder Legislativo omissa teria que materializar os

(22) — Op. cit., pág. 72.

(23) — Op. cit., pág. 67.

(24) — “Curso de Direito Constitucional Positivo”, S. Paulo, Ed. RT, 6.ª ed., 1990, pág. 388.

(25) — Aliás, os adeptos de tal corrente sustentam que os efeitos da decisão judicial concessiva da injunção são *erga omnes*, com o que positivamente não estamos de acordo.

mandamentos constitucionais inaplicáveis, sob pena de sanções da mais variada índole.<sup>(26)</sup> Os arautos desta corrente, como podemos facilmente notar, equiparam incorretamente o mandado de injunção à ação de inconstitucionalidade por omissão.

Na realidade, pensamos que a Constituição aponta para outro caminho: a decisão judicial, no mandado de injunção, opera efeitos *inter partes*. Vale para o caso concreto, sem, porém, interferir na generalidade dos casos, que continuarão aguardando a regulamentação integradora da norma constitucional.

Tal é, inclusive, o entendimento de Celso Bastos:

“... o provimento judicial (no mandado de injunção) deve ser feito valer tão-somente no caso concreto, isto é, ao órgão judicante compete tão-somente expedir aqueles comandos e diretrizes que confirmam satisfação ao requerente do mandado, sem qualquer possibilidade de que o decidido beneficie terceiros não integrantes do feito”.<sup>(27)</sup>

Em suma, na ação de inconstitucionalidade por omissão, o Judiciário declara a omissão (se a inércia for do Legislativo) ou determina a execução (se a inércia for do Executivo); já no mandado de injunção declara o direito da parte lesada, determinando seja garantida sua imediata fruição.

Portanto, o Judiciário, ao conceder o mandado de injunção, não legisla, nem executa, mas declara o direito do impetrante, com força mandamental.<sup>(28)</sup> Noutro falar, no mandado de injunção exerce a jurisdição em seu sentido mais amplo.

Excelente, a respeito, a lição de Calmon de Passos:

“O mandado de injunção, portanto, não é remédio certificador de direito, sim de atuação de um direito já certificado. Seu objeto é exclusivamente definir a norma regulamentadora do preceito constitucional aplicável ao caso concreto, dada a omissão do poder constitucionalmente competente, originariamente, para isso. Age o Judiciário, substitutivamente, exercitando a função que seria do legislador, mas limitado ao caso concreto”.<sup>(29)</sup>

Aliás, concedendo a injunção, o Judiciário definirá, dentre as várias soluções possíveis, para colmeiar a lacuna infraconstitucional, a que melhor atende às exigências do caso concreto.

De fato, nem sempre a norma constitucional que carece de regulamentação para tornar-se viável aponta para um único caminho. Pelo contrário, na maioria dos casos ela aceita várias soluções infraconstitucionais.

Ora, cabe ao Judiciário decidir qual a melhor solução, para, naquele caso *sub judice*, viabilizar o exercício do direito constitucional, atendendo aos legítimos interesses do impetrante.

Isto não impede, no entanto, que o Poder Legislativo, quando finalmente regulamentar a norma constitucional, opte por outro caminho. Melhor esclarecen-

(26) — A omissão do Legislativo poderia, para os adeptos dessa corrente, ser sancionada com a indenização por inércia legislativa (responsabilidade do Estado por omissão legislativa), isto em embargo de sanções políticas, que, além de desprestigiarem esse Poder, em princípio levariam à não-reeleição dos legisladores que permaneceram inertes.

(27) — “Curso de Direito Constitucional”, Saraiva, S. Paulo, 13.ª ed., 1991, pág. 358 — esclarecemos.

(28) — Cf. Michel Temer, “Limites do mandado de injunção”, in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 34/112.

(29) — “Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Constituição e Processo”, Fortense, Rio, 1.ª ed., 1989, págs. 98/9.

do, a solução dada pelo Judiciário, ao caso concreto, não vincula o legislador. Este, levando em conta exclusivamente o interesse público, pode escolher outra solução, desde que também aceita pela norma constitucional que está regulamentando. De fato, nem sempre a solução ideal para um número indeterminado de situações coincidir com a solução que o Judiciário tenha dado ao caso concreto submetido à sua apreciação, pelo impetrante.<sup>(30)</sup>

À guisa de exemplo, atentemos para o artigo 5.º, VII, que estatui ser “assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”. Muito bem, digamos que, num dado presídio, por falta de lei regulamentadora, os presidiários não possam fruir deste direito que a Constituição lhes assegura. Por causa disso, alguns deles (ou um grupo deles) impetra mandado de injunção.

O Judiciário, concedendo a ordem, deverá indicar um meio (dentre os vários possíveis) para que os impetrantes tenham a assistência religiosa pleiteada.

Nada obsta, é claro, que, depois, o Legislativo venha a disciplinar genericamente o assunto, sem vinculação com as diretrizes dessa decisão judicial, que, reiteramos, só operará efeitos *inter partes*.

### 3.6 Esclarecimentos necessários

Esclarecemos, por oportuno, que os direitos expressamente apontados na Constituição ou que não dependem de norma infraconstitucional para poderem ser desfrutados, rendem ensejo à impetração de mandado de segurança, não de mandado de injunção.<sup>(31)</sup>

O mandado de injunção só cabe diante de norma constitucional que dependa da edição de norma regulamentadora (infraconstitucional, portanto), para produzir seus efeitos. Se não há necessidade dessa intermediação normativa não cabe mandado de injunção.

Noutros termos, o mandado de injunção só é cabível quando a inexistência de norma regulamentadora torna impossível ou inviável o exercício de direitos constitucionais. Logo, “o direito invocável por meio de mandado de injunção é aquele dependente de intermediação normativa, cuja ausência causa prejuízos”.<sup>(32)</sup> Se o direito constitucional não depende de uma norma infraconstitucional para produzir efeitos, qualquer lesão ou ameaça de lesão a este direito é amparável por meio de mandado de segurança. O mandado de injunção cabe justamente quando, por não existir norma infraconstitucional regulamentadora, o direito constitucional não alcança seu beneficiário.

Logo, não é a falta de atuação administrativa que possibilita a impetração do mandado de injunção, mas a falta de norma regulamentadora de normas constitucionais de eficácia limitada.<sup>(33)</sup>

(30) — No caso, porém, transitando em julgado a decisão judicial, esta se torna imutável, não podendo ser desconstituída pela norma regulamentadora superveniente. É bom recordarmos que, tendo a mira a estabilidade nas relações sociais, o próprio Texto Magno, em seu artigo 5.º, XXXVI, proclama que a “coisa julgada” não pode ser atingida pela lei.

(31) — Cf. Michel Temer, *op. cit.*, pág. 112.

(32) — Cf. Michel Temer, *op. cit.*, pág. 112.

(33) — Normas constitucionais de eficácia limitada, justamente porque não reúnem condições para, sozinhas, produzirem os efeitos que a Constituição quer.

Noutro giro verbal, não cabe mandado de injunção contra omissões de órgãos administrativos. Só contra omissões do Poder Legislativo. E omissões que impedem o cabal cumprimento de normas constitucionais de eficácia limitada.

Concordamos com Odyr Porto, quando assinala que “é manifesto que o mandado de injunção presume uma omissão. Se incorrer essa falta, como, por exemplo na hipótese de haver regulamentação, ainda que injusta, o mandado não será concedido”.<sup>(34)</sup>

Evidentemente, se houver regulamentação inconstitucional (inválida, pois), o mandado de injunção em tese caberá. É que a regulamentação inconstitucional equivale à não regulamentação.

Por igual modo, não cabe mandado de injunção diante de normas constitucionais de eficácia plena, que, por terem aplicabilidade direta, imediata e integral,<sup>(35)</sup> prescindem de norma regulamentadora, para produzir todos os efeitos no mundo do direito. O mesmo podemos dizer das normas constitucionais de eficácia contida, que também têm aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral<sup>(36)</sup> e, por isso mesmo, não demandam a edição de normas infraconstitucionais para irradiarem efeitos.

Por exclusão, apenas as normas constitucionais de eficácia limitada (ou reduzida) — quer as declaratórias de princípios institutivos ou organizativos, quer as declaratórias de princípios programáticos<sup>(37)</sup> — abrem espaço ao mandado de injunção.

E o mesmo é o entendimento de Carlos Ari Sundfeld:

“A injunção não é um modo de tornar de fato respeitadas as normas de eficácia plena, mas sim de tornar plenamente eficazes as de eficácia limitada”.<sup>(38)</sup>

Este autor, depois de argutamente observar que, nas chamadas “liberdades” (liberdade de associação, de trabalho, de culto, etc.), a falta de lei, de regra, não impossibilita o exercício do direito, mas, pelo contrário, torna-o ilimitado (afastando, pois, a necessidade de injunção), acrescenta: “não é a simples falta de norma que autoriza o mandado de injunção, mas sim a falta de **norma necessária à operatividade de comando constitucional**. Necessária, assim, a ocorrência de **lacuna**, entendida como a ausência de norma necessária”.<sup>(39)</sup>

Se, por um lado, os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5.º, § 1.º, da CF), por outro é muito comum não poderem, na prática, ser exercitados, à falta de norma legal que os regule. É aí que cabe o mandado de injunção, exatamente para torná-los plenamente executáveis.

### 3.7 Novas colocações

Abrindo um ligeiro parêntese, notamos que há direitos constitucionais de eficácia plena (v.g., o direito de acesso à escola, o direito à proteção à saúde, etc.), que só podem ser fruídos após a tomada, pelo Poder Público, de providências

(34) — Mandado de injunção, RTJESP, LEX, n.º 115, pág. 8-18.

(35) — José Afonso da Silva, “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, Ed. RT, S. Paulo, 1.ª ed., 1968, págs. 80 a 94.

(36) — *Idem*, *ibidem*, págs. 95 a 108.

(37) — *Idem*, *ibidem*, págs. 109 a 130.

(38) — *Op. cit.*, pág. 146.

(39) — *Op. cit.*, pág. 147 — os grifos estão no original.

materiais (licitações, contratações, concursos públicos, construção de escolas, de hospitais, etc.). Ora, se uma pessoa não tem como satisfazer esses direitos, pela ausência de tais atos administrativos concretos, não poderá valer-se do mandado de injunção (que, tornamos a repetir, objetiva suprir a falta de norma regulamentadora de nível legal, não de ato administrativo concreto), mas de outros meios jurídicos (a ação de indenização, a ação de inconstitucionalidade por omissão e assim avante).

Retomando o fio do raciocínio, não basta a falta de norma infraconstitucional para que o mandado de injunção possa ser impetrado. Para isso, é mister, ainda, que a falta dessa norma inviabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O mandado de injunção é admissível, também, quando, apesar de editada a norma regulamentadora, esta, por ser incompleta ou insuficiente, não tem condições reais de viabilizar o exercício de tais direitos, liberdades e prerrogativas. Outro entendimento, além de ser irrazoável, levaria ao seguinte absurdo jurídico: a pessoa política poderia cortar o acesso à injunção (direito constitucional inafastável, até mesmo por meio de lei), editando um simulacro de norma regulamentadora, por isso mesmo incapaz de dar operatividade ao comando constitucional.

É fundamental deixarmos patenteado que o mandado de injunção é idôneo a viabilizar todos os direitos e liberdades constitucionais (e não só os apontados no art. 5.º da Lei Suprema), bem como as prerrogativas inerentes à nacionalidade (direitos próprios dos brasileiros, ex vi dos arts. 12 e 13, da CF), à soberania (quer do Estado brasileiro, quer a popular, que se traduz nos direitos políticos, exercitáveis por meio do voto e, nos termos da lei, de plebiscito, referendo e iniciativa popular) e à cidadania (direito de votar e ser votado).

Muito bem, o Judiciário, constatando a falta de norma regulamentadora, deve editar, para o caso *sub judice*, a norma capaz de suprir a lacuna. Tal norma deve ser cumprida pela pessoa política, cujo Legislativo, permanecendo inerte, tornara inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais ou de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.<sup>(40)</sup> Logo, o Judiciário, concedendo a injunção, deve criar uma regra que cumpra, no caso específico, a função da norma regulamentadora omitida, para permitir o concreto exercício do direito constitucionalmente assegurado.

Em remate, concordamos com Anna Candida da Cunha Ferraz quando vislumbra, no mandado de injunção, um meio de controle *in casu* da omissão constitucional.<sup>(41)</sup>

### 3.8 Medida liminar

Outra questão interessante é a que se refere à possibilidade de concessão de medida liminar, no mandado de injunção.

Parece-nos que a liminar é possível, para evitar lesão irreparável ou de difícil reparação ao impetrante. Basta, apenas, estejam presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Não há necessidade, a nosso ver, de lei

(40) — Outro entendimento, isto é, de que o Poder Judiciário, dando pela procedência da ação, deve limitar-se a notificar o Legislativo omissor, entremostra-se, a nosso pensar, inagasalhável, já que acaba transformando o mandado de injunção noutra ação de inconstitucionalidade por omissão, só que com milhões de sujeitos ativos possíveis (em tese, qualquer cidadão).

(41) — Op. cit., pág. 37.

específica, podendo ser utilizada a legislação processual que trata do assunto, inclusive a concernente ao mandado de segurança.

### 3.9. Ministério Público

Façamos, agora, uma rápida alusão ao Ministério Público.

O Ministério Público está credenciado constitucionalmente a impetrar o mandado de injunção. De fato, na “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127) tem legitimidade ativa para tanto.

Se a impetração for feita por outrem, é imprescindível sua manifestação, na qualidade de *custos legis*.

### 3.10. Especificidades

Passemos, agora, a tratar de outros aspectos importantes do tema.

Como ensina Michel Temer<sup>(42)</sup>, uma vez impetrado o mandado de injunção, o Judiciário deverá examinar o caso *sub judice*, averiguando, preliminarmente, se estão definidos, na norma constitucional, os contornos mínimos ensejadores da declaração do direito. Em seguida — ainda segundo este emérito constitucionalista — decidirá se já pode ser considerada presente a omissão legislativa, ou seja, se já decorreu tempo razoável para que o Poder Legislativo desse plena eficácia a normas constitucionais concernentes ao “exercício dos direitos e liberdades constitucionais” ou ao exercício “das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Por último, averiguará se tem condições reais (objetivas, efetivas) de suprir a omissão legislativa.

Ausente qualquer desses requisitos, o mandado de injunção deverá ser denegado.

Portanto, nem todas as omissões legislativas permitem injunção. Vejamos.

O Judiciário não tem, a nosso sentir, condições objetivas de regular o direito de greve que, nos termos do artigo 37, VII, da CF, “será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar”.

Se algum trabalhador impetrar mandado de injunção para poder exercer, em toda a amplitude, seu direito de greve, o Judiciário não terá como fixar os termos e os limites do exercício de tal direito. Denegará, pois, a injunção.

Um outro caso de não-cabimento do mandado de injunção: a Constituição, em seu artigo 7.º, IV, assegura, ao trabalhador, o direito à percepção de um “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação ...”.

Pois bem, não nos parece que um trabalhador possa impetrar um mandado de injunção para que o Poder Judiciário fixe o salário mínimo, se a lei não o fizer ou se a lei não atender aos requisitos constitucionais.

Há casos, porém, e bastante freqüentes, que permitem a injunção. Tratemos de alguns deles.

(42) — Op. cit., pág. 113.

I — O artigo 45, § 1.º, da CF, prescreve: “O número total de deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta deputados”.

Ora, se o critério para a fixação do número de deputados federais é o da proporcionalidade, se o princípio adotado pelo constituinte é o da representação, se o máximo de deputados por Estado é de setenta e o mínimo de oito, segue-se que o Estado mais populoso terá setenta representantes e, o menos populoso, oito.

A lei complementar a que alude o artigo 45, § 1.º, da CF, deverá, em rigor, apenas estabelecer os mecanismos jurídicos (isto é, as formas), para permitir que o mandamento constitucional atue.

Vamos admitir que, à falta de lei complementar, o Estado mais populoso da Federação tenha negado seu direito constitucional de ser representado, na Câmara Federal, por 70 deputados federais (continuando, digamos, com uma bancada de 60 deputados federais).

Queremos crer que os prejudicados imediatos<sup>(43)</sup> isto é, os dez candidatos que não foram diplomados podem impetrar mandado de injunção, para terem concedida a ordem de diplomação.<sup>(44)</sup>

II. Mais um exemplo, para reforçar a idéia “supra”.

O artigo 153, § 4.º, da CF, estabelece que o ITR (Imposto Territorial Rural) “não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel”.

Digamos que, por falta daquela lei, definindo a pequena gleba rural, um pequeno proprietário rural (que tenha, por exemplo, 30 hectares de terra) esteja sendo executado (ou ameaçado de execução), por não haver recolhido o ITR.

O Judiciário poderá perfeitamente conceder a injunção ao impetrante, declarando que ele tem jus à imunidade, porque, ao lume não só do entendimento comum, como e principalmente, do artigo 191, da Carta Suprema, preenche os requisitos do invocado artigo 153, § 4.º.<sup>(45)</sup>

(43) — O prejudicado mediato, no caso, é o povo (e, por extensão, qualquer cidadão residente no Estado de São Paulo), que fica privado de ser representado, naquela Casa de Leis, por setenta deputados. O povo, porém, não tem legitimidade ativa para propor esta ação constitucional. Em compensação, qualquer cidadão paulista poderá pleitear, a juízo das autoridades elencadas no artigo 103, da Carta Magna, que ajuíze, a propósito, a ação de inconstitucionalidade por omissão.

(44) — Este é um caso real. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal acabou notificando o Congresso Nacional para que expeça a lei complementar. Noutras termos, *venia concessa*, transformou o mandado de injunção em ação de inconstitucionalidade por omissão, quando segundo pensamos, deveria ter concedido a ordem aos impetrantes.

(45) — A propósito, o artigo 191, da CF, estabelece: “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”.

Portanto, para fins de usucapião de imóvel rural, pequena propriedade rural é a de tamanho não inferior a cinquenta hectares.

Podemos sustentar, por analogia que, pequena propriedade rural, para fins de imunidade ao ITR, também é aquela de tamanho não excedente a 50 ha. De fato, os dois artigos (o 153, § 4.º e o 191) guardam uma certa semelhança: ambos fazem menção à pequena gleba rural e à exploração que a torna produtiva. Apenas, enquanto o artigo 153, § 4.º, remete à lei a tarefa de fixar as dimensões da pequena gleba rural, o artigo 191 considera pequena gleba rural aquela de tamanho não excedente a 50 hectares. É perfeitamente possível, a nosso sentir, que se busquem, no art. 191, da Constituição, elementos para iluminar o significado e o alcance do artigo 153, § 4.º, do mesmo diploma normativo.

Enfim, no exemplo invocado, o Judiciário concederá a injunção para que, reconhecido o direito à imunidade do ITR, o proprietário da pequena gleba rural não seja alvo de execução, em decorrência do não-recolhimento do tributo. Observamos, todavia, que o Judiciário não estará legislando, isto é, não estará definindo, no lugar da lei, o tamanho máximo da pequena propriedade rural, para fins de imunidade do ITR mas, apenas, atendendo, de modo concreto (*in casu*), ao legítimo interesse do impetrante.

A decisão do Judiciário não se aplicará a todos os casos futuros mas, apenas, ao caso pendente.<sup>(46)</sup>

### 3.11 Competência para julgar o mandado de injunção

Tratemos, agora, da importante questão da competência.

Obviamente, tem competência para julgar o mandado de injunção o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, q, da CF). Mas não apenas ele.

Com efeito, em suas esferas de competência, podem julgá-lo também o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, h, da CF), os Tribunais Regionais Eleitorais (art. 121, § 4.º, V, da CF), os “órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (art. 105, I, h, *in fine*, da CF), etc.

Por igual modo, os Estados poderão regular, em suas Constituições — desde que observem as diretrizes básicas da Constituição da República — a competência para processar e julgar mandados de injunção.

Realmente, em matéria de mandado de injunção, as Constituições estaduais também podem garantir, *in casu*, o direito constituído (pela Carta local) e não exercitado em virtude de ausência de norma regulamentadora estadual ou municipal.<sup>(47)</sup>

### 3.12 Últimas considerações

Na prática, o Supremo Tribunal Federal vem sistematicamente atribuindo ao mandado de injunção efeito idêntico ao que a Constituição deu à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Melhor esclarecendo, tem assinalado um prazo para que o Legislativo edite a lei faltante. Deveria, sim, *data maxima venia*, concedendo a injunção (quanto, é óbvio, fosse o caso), criar uma norma individual, em favor do impetrante, que lhe permitisse fruir do direito constitucional inviabilizado pela falta da norma regulamentadora.<sup>(48)</sup>

(46) — É óbvio que nada impede que sendo editada a lei, ela fixe, para a pequena gleba rural, dimensões menores do que as que tiverem sido definidas no mandado de injunção. Só a partir de sua edição, porém, é que prevalecerá a definição legal (ela não poderá alcançar a coisa julgada).

(47) — É o que procurou fazer, por exemplo, a Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 74, V: “Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente: os mandados de injunção, quando a inexistência de norma regulamentadora estadual ou municipal, de qualquer dos Poderes, inclusive da Administração indireta, torne inviável o exercício de direitos assegurados nesta Constituição”. Segundo nos parece, o tópico “de qualquer dos Poderes inclusive da Administração indireta” é de constitucionalidade duvidosa, já que, segundo o modelo federal (que os Estados-membros são obrigados a adotar), apenas as omissões legislativas podem ser corrigidas por meio da injunção.

(48) — Apenas para registro, o Diário Oficial da União do dia 16 de agosto de 1991, em sua pág. 10.633, publicou ementa de acórdão do STF, julgando um mandado de injunção impetrado pelo Centro da Cultura Prof. Luiz Freire (entidade de assistência social do Rio de Janeiro), para ter reconhecido seu direito de não pagar contribuição previdenciária, com base no artigo 197, § 7.º, da CF (“São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”). Nesse caso, o Pretório Excelso, por maioria de votos (oito contra três), declarou o “estado de mora” do Congresso Nacional e fixou o prazo de 6 meses para a elaboração da lei a que alude o referido dispositivo

O mandado de injunção pode não ter agradado a muitos, mas é uma ação constitucional e, portanto, inafastável. Quem estiver descontente com o instituto, que pugne, dentro da ordem jurídica, para que a Constituição seja, neste ponto, modificada. O que não se pode fazer é pura e simplesmente ignorar a existência do mandado de injunção ou dar-lhe um alcance diverso do determinado pela Carta Magna.

Por esse e outros motivos, o tema tem ficado no plano das considerações acadêmicas. Estamos convencidos, porém, que, com o trabalho pertinaz e constante da doutrina e a combatividade dos advogados, pouco a pouco o mandado de injunção irá se tornando tão familiar, corriqueiro e útil quanto o nosso bom e velho mandado de segurança.

#### 4. Conclusão geral

Esperamos, com essas reflexões, haver contribuído para lançar um foco de luz sobre estes novos institutos, fazendo com que passem a ser realmente utilizados entre nós.

---

constitucional, sob pena de decretar a inexigibilidade do tributo. Deveria, salvo engano, ter concedido a injunção, reconhecendo, ao impetrante, o direito de não recolher, de imediato, a contribuição. De mais a mais, esta lei já existe (art. 14, do CTN).