



P
Dir. Trib. Atual
n.º 9
1989

ESTUDOS apresentados à MESA SEMANAL DE DEBATES do
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Entidade complementar à Universidade de São Paulo
Presidência e coordenação do Prof. Ruy Barbosa Nogueira

DIREITO TRIBUTÁRIO

ATUAL Vol. 9

- O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão na Constituição da República Federativa do Brasil.
- Um caso de elusão de imposto de renda.
- IPI, alíquota zero e manutenção dos créditos relativos a matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem.
- Crédito do ICM na exportação.
- Imposto sobre serviços.
- O ICM de restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares.
- Os contratos de mútuo, seu regime fiscal. Efeitos da legislação que criou o plano cruzado. A correção monetária ficta.
- Projeto de processo administrativo tributário.
- Meios de solução dos conflitos internacionais de dupla tributação.
- Empreitada de construção civil com fornecimento de material produzido pelo empreiteiro fora do local da obra - inconstitucionalidade e ilegalidade da incidência do ICM sobre o material.

CO-EDIÇÃO
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

*
EDITORA RESENHA TRIBUTÁRIA
SÃO PAULO - 1989

542058

O MANDADO DE INJUNÇÃO E A AÇÃO
DE INCONSTITUCIONALIDADE POR
OMISSÃO NA CONSTITUIÇÃO DE RE-
PÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Luiz Mēlega
Advogado e Diretor do IBDT

1. Subordinado ao Título II, Ca-
pítulo I do Projeto de Constituição de Sistema-
tização - Dos Direitos e Garantias Fundamentais-
Direitos Individuais e Coletivos, o parágrafo
51 do artigo 6º prescrevia:

*"Conceder-se-ã mandado de injunção, na
forma da lei, sempre que a falta de nor-
ma regulamentadora torne inviãvel o e-
xercício das liberdades constitucionais
e das prerrogativas inerentes ã naciona-
lidade, ã soberania do povo e ã cidada-
nia."*

1.1. Esse texto, posteriormente
revisto, passou a figurar na última divulgação
conhecida com a seguinte redação:

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

1.1.1. Suprimiu-se, nesse projeto, a expressão "na forma da lei" e acrescentou-se "dos direitos", com o que se pretendeu aperfeiçoar o texto, tendo-se em conta que o parágrafo 61, do referido artigo 60, prescrevia que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais teriam aplicação imediata.

2. No texto final promulgado em 05 de outubro do corrente ano de 1988, o mandado de injunção aparece no inciso LXXI, do artigo 50, com esta redação:

"conceder-se-ã 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."

2.1. No artigo 102, I, letra "q", do mesmo texto final, está escrito que compete

ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente:

"O mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal."

2.2. E no artigo 105 (inciso I, letra "h"), que cuida da competência do Superior Tribunal de Justiça, está escrito que lhe 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, 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."

2.3. E no artigo 103, ainda do texto final promulgado em 05.10.88, lê-se que

podem propor a ação de inconstitucionalidade, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assemblêia Legislativa, o Governador de Estado, 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.

2.3.1. Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, "a").

2.3.2. 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 (art. 103, parágrafo 2º).

3. Ensinam os léxicos que o verbo injungir significa obrigar, impor a obrigação de, ordenar. Provém do latim injūngere com mudança de conjugação. Injunção, também do latim

injunctionem, traduz-se por pressão de circunstâncias, união, ligação, convergência de fatores que determinam, fatalmente, um resultado, uma consequência (Grande Dicionário Etimológico-Prosódico - da Língua Portuguesa - Professor Francisco da Silveira Bueno).

3.1. Na Enciclopédia Saraiva do Direito, vol.44, pág.229, o vocábulo injunção é definido como ordem formal, pressão das circunstâncias, o que é imposto, aquilo que compele a alguma atividade, ordem imperativa, que não se discute, mas se cumpre - CR.

3.2. No direito inglês conhece-se o "writ of injunction", logo mais tomado de empréstimo pelo direito norte-americano.

A "injunction" tem, no entanto, conceito diverso. Seria uma ordem judicial (editada "in a case in equity") que determina a uma parte que se abstenha de fazer ou continuar a produzir algo, seja um ato particular, seja uma atividade, porque isto ensejaria dano irreparável (Joel B. Grossman e Richard S. Wells, Constitutional Law and Judicial Policy Making, Nova Iorque: Longman, 3a.ed., 1988, pág.703 - Apud Manoel Gonçalves Ferreira Filho - Repertório IOB de Jurisprudência 20/88, pág: 297).

3.2.1. No "Black's Law Dictionary" percebe-se que a "injunction" é ato proibitório expedido por Tribunal de Equidade à parte contrária num processo, ou a outra parte especialmente demandada, proibindo-lhe fazer algo, por si ou seus prepostos, que esteja ameaçando ou intenta cometer; ou proibindo-lhe a continuação de tal ou qual ato carecedor de equidade e lesivo para o autor, sempre que não possa ser adequadamente reparado mediante ação do Direito comum (Carlos Aurélio Mota de Souza - "O Estado de S. Paulo", edição de 04.09.88, fl.43).

3.3. No direito italiano, como refere o mesmo ilustre Professor Manoel G. Ferreira Filho no estudo citado, sabe-se de uma "ingiunzione", assim explicada por Roberto Sciacchitano:

"Trata-se de um instituto processual mediante o qual pode conseguir-se uma decisão de condenação de forma mais simples que a do processo ordinário. Dada esta característica, o procedimento é particularmente útil para os créditos certos e munidos de prova, em relação aos quais o devedor não teria razão para resistir em juízo e poderia fazê-lo, num processo ordinário, somente com finalidade dilatória da condenação."

Nenhuma semelhança, portanto, com o mandado de injunção ou com a ação de inconstitucionalidade por omissão.

3.4. No escólio do Professor José Afonso da Silva, o mandado de injunção nasceu na Inglaterra, no crepúsculo do século 14, fundado em juízo de equidade, que no direito anglo-americano tem sentido muito especial. A equity justifica 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 do cidadão. Diz a Enciclopédia Britânica, informa esse conhecido Professor: "por volta do fim do século 14, a Corte de equidade começou a conceder injunções e, embora mais tarde as cortes de common law adquirissem jurisdição para outorgar injunções, o remédio foi sempre reconhecido como um remédio essencialmente de equidade". Nos Estados Unidos, ainda de acordo com a mesma Enciclopédia, a injunção mantém seu caráter essencial de "writ of equity" e, como na Inglaterra, cobre um largo espectro de tipo de ofensas ou de condutas ofensivas. O mais significativo desenvolvimento dessa medida nos Estados Unidos, continua o culto Professor, deu-se em relação às disputas traba-

lhistas (labor injunction), mas foi ele também muito utilizado para fazer a lei antitruste, a legislação sobre seguros e câmbio, sobre proteção de alimentos naturais contra a contaminação, sobre a pureza das drogas medicinais e, mais importante, para proteger os direitos constitucionais.

No direito anglo-americano a injunção pode ser usada para obter um mandado judicial de fazer ou não fazer alguma coisa, o que vale dizer, para outorga de um direito ou para impedir atuação restritiva de direitos e prerrogativas. Lã o mandado de injunção pode ser mandatório e proibitório, distinção que não caberia fazer com o nosso novo instituto, criado basicamente para efetivar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, em cada caso concreto, que a falta de normas regulamentares não propicie (Jornal do Brasil, edição de 26.09.88).

Para este renomado Professor o mandado de injunção não se confunde com a inconstitucionalidade por omissão. Esta última teria por objetivo a obtenção de decisão que estimule a produção das normas (leis, etc.) necessárias a integrar a eficácia de mandamento constitucional que as requeira.

O mandado de injunção visaria obter o direito em favor do impetrante, quando inexistam normas regulamentadoras do dispositivo constitucional que outorgue direitos, liberdades ou prerrogativas.

Nessa linha de raciocínio, que bem distingue as duas figuras, o mandado de injunção não seria o instrumento próprio para obter a produção de normas reguladoras, atributo deixado apenas à ação de inconstitucionalidade por omissão.

Este é também o entendimento de Carlos Aurélio Mota de Souza, conforme se vê do artigo divulgado pelo "O Estado de S. Paulo", edição de 04.09.88.

4. A pesquisa dos trabalhos da Assembléia Constituinte mostra que a idéia do mandado de injunção, com as características de ordem imperativa, de determinação a ser cumprida pelo órgão ou autoridade a quem dirigida, já constava das Sugestões nºs 155-4 e 156-2 de autoria conjunta do Senador Virgílio Távora e do Deputado Carlos Virgílio.

4.1. A Sugestão 155-4 dizia que

se caracterizasse a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-ia mandado de injunção, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança. E a Sugestão 156-2 rezava que a não edição de atos ou normas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, visando a implementar a Constituição, implicaria a inconstitucionalidade por omissão.

4.2. Esse mesmo propósito constou da Sugestão 367-1, de 03.04.87, de autoria do Sr. Ruy Bacelar, que estava assim redigida:

"Os direitos conferidos por esta Constituição e que dependam da lei ou de providências do Estado serão assegurados por mandado de injunção, no caso de omissão do Poder Público.

O mandado de injunção terá o mesmo rito processual estabelecido para o mandado de segurança."

4.3. Na justificação dos senhores Virgilio Távora e Carlos Virgilio está dito que suas proposituras visavam a efetivar a produção de direitos públicos subjetivos criados, de forma genérica, pela Constituição, os quais, se não implementados pelos poderes constituídos, mediante a edição de atos e normas integrativos, ense

jariam a inconstitucionalidade por omissão, que por sua vez teria, no mandado de injunção, elevado a eminência de garantia constitucional, a forma processual adequada para deflagrar o processo legislativo capaz de sanar a omissão.

4.3.1. Essa preocupação no tocante à inércia dos poderes constituídos, afirmaram aqueles dois constituintes, existe em vários países, revelando-se, de forma marcante, na Itália e em Portugal, sendo que este último País introduziu na sua Constituição a figura da "inconstitucionalidade por omissão".

4.3.2. As suas Sugestões teriam, assim, como modelo, a norma constitucional do artigo 283 da Carta Portuguesa, que tem a redação que se segue:

"1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos Presidentes das Assembléias Regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar executáveis as normas constitucionais.

2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente."

4.4. Essa norma constitucional, do Estatuto Político Português, foi examinada por ilustres constitucionalistas daquele País, entre eles Isaltino Moraes, José Mário Ferreira de Almeida, Ricardo L. Leite Pinto e José Joaquim Gomes Canotilho.

Os três primeiros são os autores da obra "Constituição - República Portuguesa anotada e comentada", Lisboa, 1983. O último produziu o excelente "Direito Constitucional", Livraria Almedina, Coimbra, 1983.

4.4.1. Na primeira obra citada, os seus autores anotam (fls.544 e segs.) que resulta do artigo 283 atrás transcrito, que só haverá lugar a "juízo de inconstitucionalidade por omissão", quando ocorrerem, cumulativamente, os requisitos seguintes: a) que haja violação (por omissão) de uma ou mais normas constitucionais; b) que careçam elas de exequibilidade; c) que, objetivamente, não haja medidas legislativas capazes de tornar exequíveis tais normas constitucionais.

Os argumentos contrários à manutenção da medida, fazem ressaltar o caráter político do juízo. Entre as razões que justificariam a existência da norma constitucional, aponta-se a lição do direito comparado e da justiça constitucional em outros ordenamentos, a qual indicia a colocação do problema da relevância da omissão legislativa, em especial a prática dos Tribunais Constitucionais da Alemanha Federal e da Itália. Informam também estes autores, que a Constituição Iugoslava é o único exemplo, além da Carta Portuguesa, que consagra a figura da inconstitucionalidade por omissão.

4.5. Gomes Canotilho, na obra citada, 3a.edição, págs.714 e segs., também acentua que a Constituição Portuguesa de 1976 é um dos raros textos constitucionais que consagra expressis verbis a possibilidade de uma inconstitucionalidade por omissão, chegando ao ponto de considerar a fiscalização da constitucionalidade por omissão de normas jurídicas, como um dos limites materiais de revisão, isto é, as leis de revisão constitucional, que correspondem em nosso direito às emendas constitucionais, devem respeitar a fiscalização da constitucionalidade por ação ou por omissão de normas jurídicas, como se vê do art.290, letra "m", da aludida Carta.

Lembra esse autor que o reconhecimento da possibilidade de não cumprimento da Constituição, em virtude de um silêncio inconstitucional dos órgãos legislativos, assenta no pressuposto da superioridade formal e material da constituição relativamente à lei ordinária. A lei constitucional impõe-se como determinante heterônoma superior e como parâmetro da constitucionalidade, não só quando o legislador atua em desconformidade com as normas e princípios constitucionais, como quando permanece inerte, não cumprindo as normas impositivas de medidas legislativas necessárias à concretização da lei fundamental.

4.5.1. Para este ilustre publicista deve-se entender, como omissão legislativa inconstitucional, o não cumprimento de imposições constitucionais permanentes e concretas, noção que permite se formulem as seguintes considerações:

a) O conceito de omissão legislativa não se reduz a um princípio naturalístico, a um simples não fazer ou a um singelo "conceito de negação". Omissão em sentido jurídico-constitucional significa não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para atin

gir a eminência de um significado autônomo e relevante, deve filiar-se a uma exigência constitucional de ação, o que vale dizer não ser suficiente o simples dever geral de legislar para fundamentar a omissão constitucional.

b) 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.

Nessa linha de raciocínio devem ser separadas as omissões legislativas resultantes da violação de preceitos constitucionais concretamente impositivos, do não cumprimento da Constituição derivado da não atuação de normas-fim ou normas-tarefa, abstratamente impositivas. Assim, será diferente dizer que ocorre uma omissão legislativa inconstitucional, quando o legislador não adota as medidas legislativas necessárias para dar execução a preceitos constitucionais que de forma permanente e concreta impõem, exemplificativamente, o estabelecimento e atualização do salá-

rio mínimo nacional; a organização e funcionamento de um sistema de segurança social; a criação de um serviço nacional de saúde, universal, geral e gratuito; a criação e desenvolvimento de reservas e parques naturais e de recreio; a formação e criação de uma rede nacional de assistência materno-infantil; a garantia de um ensino básico universal, obrigatório e gratuito; a execução de reforma agrária, do que não dar cumprimento a normas-fim e normas-tarefa que, de forma permanente, mas abstrata, impõem a prossecução de certos objetivos, como é o caso, verbi gratia, das recomendações constantes dos artigos 9º e 81º da Carta Portuguesa, que correspondem às nossas normas constitucionais programáticas.

A falta de cumprimento dos fins e objetivos da constituição é também inconstitucional, porém a sua concretização depende essencialmente da Carta Política e dos instrumentos democráticos, ao passo que as omissões legislativas inconstitucionais, em sentido restrito, podem gerar uma ação de inconstitucionalidade por omissão, nos termos do art.283 da Carta Portuguesa.

c) Canotilho lembra, ainda, que a doutrina alude, com certa frequência, à distinção en-

ti : omissão em sentido formal e omissão em sentido material, assim como entre omissões absolutas e relativas. Apesar dos problemas vários que tais distinções suscitam, entende-se que se pode afirmar que um conceito jurídico-constitucional de omissão é compatível com omissões legislativas parciais, assim compreendidas aquelas que resultam do fato de os atos legislativos concretizadores de imposições legislferantes favorecerem certos grupos ou situações, esquecendo outros grupos e outras situações que reúnem os mesmos pressupostos de fato. Esse tipo de concretização incompleta pode originar-se de uma intenção deliberada do legislador em outorgar vantagens a determinados grupos ou em favorecer certas situações, violando com esse procedimento o princípio da igualdade e praticando uma inconstitucionalidade por ação, como pode derivar apenas de uma incompleta apreciação das situações de fato, ausente, porém, o propósito de arbitrariedade e unilateralmente beneficiar somente alguns grupos ou situações. Nesta última hipótese ocorrerá uma inconstitucionalidade por omissão e não por ação. Precisamente por isso é que se afirma que a omissão legislativa existe quando o legislador não cumpre ou cumpre incompletamente o dever consti

tucional de emanar normas destinadas a atuar as imposições constitucionais permanentes e concretas.

d) No entendimento do ilustre constitucionalista português, a inconstitucionalidade por omissão é um instituto que reflete as insuficiências da redução do Estado de Direito Democrático aos processos e instrumentos típicos dos ordenamentos liberais. Daí porque a generalidade da doutrina não reconhece um direito subjetivo dos cidadãos à atividade legislativa. Ainda que haja um dever jurídico-constitucional do legislador, no sentido de adotar as medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas da Constituição, a esse dever não corresponde automaticamente um direito fundamental à legislação. Essa seria a razão da moderna tendência, que se firma no sentido de admitir ser necessário institucionalizar formas democráticas que conduzam a um maior esforço da proteção jurídica contra omissões inconstitucionais (ações populares, direito de iniciativa legislativa popular, petições coletivas e, em geral, formas de acentuação da democracia participativa). A Constituição Portuguesa, no entanto, arredou qualquer possibilidade de ações

populares universais, de ações individuais de defesa e de ações administrativas contra comportamentos omissos do legislador, como resulta claro do seu artigo 283-1.

e) Igualmente ocorre omissão legislativa inconstitucional, informa o mesmo autor, quando o legislador não cumpre as ordens de legislar constitucionalmente consagradas em certos preceitos da lei fundamental. As ordens de legislar, diferentemente das imposições constitucionais (que são determinações permanentes e concretas), traduzem-se, em geral, em imposições únicas, vale dizer, imposições concretas mas não permanentes, de emanção de uma ou várias leis necessárias à criação de uma nova instituição ou à adaptação das velhas leis e uma nova ordem constitucional. Como exemplo dessas ordens de legislar Canotilho aponta o art.244 da Lei Constitucional Portuguesa nº 1, publicada no Diário da República nº 227, I Série, de 30 de setembro de 1982, que ordenou à Assembleia da República a aprovação da legislação respeitante à organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional, num determinado prazo. Como ordem de legislar essa imposição constitucional esgotou-se com

a publicação da lei sobre a organização e funcionamento daquela Corte.

f) O destinatário das imposições constitucionais e das ordens de legislar, cuja falta de cumprimento conduz à inconstitucionalidade por omissão é, nos termos da Constituição Portuguesa, o legislador. Canotilho põe em dúvida a virtude dessa solução, porque entende que, algumas vezes, as medidas necessárias a dar exequibilidade às normas constitucionais podem reconduzir-se a atos não legislativos, como acontece com disposições constitucionais que se dirigem ao Estado e não apenas aos órgãos legiferantes.

g) A inconstitucionalidade por omissão não se germana necessariamente aos prazos ou tempos dentro dos quais deveria ocorrer a atividade legiferante necessária para tornar exequíveis os preceitos constitucionais. Como norma geral, o legislador constituinte fixa prazos quando se trata de ordens de legislar. Na hipótese de omissões derivadas do não cumprimento de imposições constitucionais, os momentos decisivos para verificação da existência de inconstitucionalidade são mais a importância e indispensabilidade da medida le-

gislativa para dar operatividade prática às normas constitucionais, do que a fixação de eventuais limites ad quem, como observa, com razão, o ilustre constitucionalista.

5. No pressuposto de que se desconhece texto outro, que não o da Constituição Lusa, sobre o tema aqui vertido, e que esse texto teria, de alguma forma, servido de inspiração aos constituintes brasileiros, que introduziram na atual Carta Política o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI) e a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º), não seria demasia o recurso à experiência e aos ensinamentos dos doutrinadores lusos, na aplicação e interpretação dos textos constitucionais que consagraram aquelas duas providências, respeitadas, como parece natural, as peculiaridades dos dois sistemas constitucionais. Isso não obstante o fato de a Constituição Portuguesa não conhecer o mandado de injunção, cujas origens devem ser procuradas no direito anglo-americano, embora o instituto lá desenvolvido não se identifique com a figura agora criada pela nova Constituição Brasileira, ainda que com ela possa ter alguma afinidade. É que as duas medidas poderão ser melhor entendidas se anali-

sadas em conjunto, pondo-me em relevo os detalhes que as aproximam e as minúcias que as distanciam.

6. Nessa linha de pensamento, uma primeira observação diz respeito ao fato de que o mandado de injunção, nos termos em que colocado no inciso LXXI do art.5º da atual Carta Política, só terá lugar na ausência de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. No que se refere aos direitos, parece correto admitir-se que o texto referido abrange aqueles enumerados no art.5º do novo Estatuto Político, isto é, os direitos e garantias fundamentais, como ainda aqueles arrolados nos artigos 6º e 7º, ali classificados como direitos sociais, o que vale dizer que a expressão agasalha os direitos individuais e coletivos, que comportem a medida.

As liberdades constitucionais, de uma certa forma, identificam-se com os direitos e garantias fundamentais, ou deles fazem parte como espécies de um mesmo gênero. A nacionalidade é objeto do Capítulo III, Título II, do mesmo Estatuto Político, de forma que não seria difícil entender-se quais são as prerrogativas a

ela inerentes. O mesmo poder-se-ia afirmar com relação à cidadania, que indica o status de quem esteja no gozo dos direitos civis e políticos. O Capítulo IV, também do Título II, fornece ao intérprete seguros elementos "a respeito de suas prerrogativas".

6.1. Mas complexo seria dizer quais são as prerrogativas inerentes à soberania, se a esta pode-se conceituar como o poder ou direito subjetivo da comunhão social organizada em Estado. Ou então o poder incontrastável de querer coercitivamente e de fixar as competências, como diz Herculano de Freitas no seu clássico "Direito Constitucional", pág.28. Tudo que conduza a esse poder ou direito subjetivo de comunhão social organizada em Estado, estaria abrangido no conceito de prerrogativas inerentes à soberania. Restaria identificar, então, quais as normas inscritas no Estatuto Político, que careceriam de legislação reguladora destinada a viabilizar as prerrogativas da soberania, cuja omissão ensejaria o pedido de mandado de injunção.

6.1.2. Não se ignora que o conceito de soberania é essencialmente polêmico, variando segundo as concepções teocrática, demô

crática, jurídica, negativista, pluralista e decisionista (A. Machado Paupério - O conceito polêmico da soberania, Rio de Janeiro, 1949 e Pinto Ferreira - Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 69, pág. 382 e seguintes).

A concepção teocrática descobre na soberania uma origem divina. É a teoria do direito divino dos reis, representantes dos deuses na terra, que a fundamenta. A corrente democrática pretende que o poder político e a soberania procedem e têm a sua origem no povo. Seus grandes defensores são Barthélemy, Duez, Villey, Hauriou e Bosanquet. Resume-se na idéia do moderno Estado democrático de direito, quando proclama que todo poder emana do povo e em seu nome é exercido. Diferentemente a concepção jurídica pretende que a soberania é apenas uma qualidade do poder do Estado, e não reside no povo ou na nação. Os seguidores da teoria negativista, entre eles Nicolas Politis e Leon Duguit (Les nouvelles tendances de droit international e Leçons de droit public général) entendam que a soberania não existe. Querem eles que essa expressão seja eliminada porque a reputam nociva e perigosa no mundo das relações internacionais. A idéia pluralista de soberania tem como seu mais autorizado defensor Marcel de la Bigne

Villeneuve (Traité générale de l'État, Paris, 1929, vol.I), segundo o qual todos os grupos sociais e o próprio indivíduo, no âmbito de sua competência, são soberanos, as atribuições soberanas do Estado se exercendo somente no domínio político-jurídico em geral. A concepção decisionista da soberania, como informa Pinto Ferreira, estudo citado, estaria reduzida à idéia de ser ela a universalidade da decisão numa esfera determinada, seria a última instância concreta decisiva, relegado o Estado ao poder de decisão, confundindo legalidade e legitimidade, segundo a exposição de Herman Heller e Carl Schmitt.

Sem dúvida, no entanto, que a prática do moderno estado de direito do Ocidente, nas palavras de Pinto Ferreira, encaminha a doutrina da soberania para a fundamentação democrática, isto é, o poder que emana do povo e é exercido em seu nome, mas que se autolimita pela Constituição, pelas regras do direito e do bem comum, em favor da liberdade e da segurança dos cidadãos. Esta parece ser a concepção acolhida pelos Constituintes (art.1º, parágrafo único da nova Carta).

6.2. Seria legítimo afirmar-se, do que antes foi exposto, que o modelo brasileiro, de certa forma, não difere do português, quan

do lá se afirma que as omissões legislativas inconstitucionais, que justificam a ação de inconstitucionalidade por omissão, derivam do não cumprimento de imposições constitucionais legislferantes em sentido específico, que de forma permanente e concreta vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da Constituição. O mesmo princípio aplicar-se-ia ao mandado de injunção.

6.3. Também constituiriam objeto dessas medidas as omissões parciais e as ordens de legislar, segundo as define Canotilho e foram atrás explicadas.

6.4. O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão não podem sofrer limites ou restrições no tempo, o que significa dizer que podem ser exercitados a qualquer momento e que ficam excluídas as hipóteses de prescrição, decadência, etc.

6.5. Diferentemente da Carta Portuguesa, pensamos que a ação de inconstitucionalidade por omissão, assim como o mandado de injunção, não têm como destinatários apenas os órgãos do Poder Legislativo. Isso porque, como antes demonstrado, os arts. 102, I, letra "q" e 105, I, letra "h", prevêm a impetração do man-

dado de injunção contra o Presidente da República e órgãos, entidades ou autoridades federais. E o art. 103, parágrafo 2º, deixa claro que é possível a ação de inconstitucionalidade por omissão contra órgão administrativo, que teria trinta dias para a adoção das providências reclamadas e consideradas legítimas.

6.5.1. No que se refere à legitimação para a propositura das medidas aqui examinadas, já foi dito que o artigo 103, itens I a IX, de nova Carta, restringem o uso da ação de inconstitucionalidade por omissão ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa de Assembléia Legislativa, a Governador de Estado, ao Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a partido político com representação no Congresso Nacional e a Confederação Sindical ou Entidade de Classe de Âmbito Nacional.

6.5.2. Se a restrição se fez com relação à ação de inconstitucionalidade por omissão, parece lógico admitir que ao mandado de injunção se intitulam qualquer pessoa e/ou entidade com legítimo interesse na proposição da medida, quando a omissão de norma reguladora seja susceptível de lhes causar dano ou torne inviã-

vel a percepção ou o exercício de direito constitucional previsto.

6.6. A ação de inconstitucionalidade deve ser processada e julgada, originariamente, pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "a" e 103 parágrafos 2º e 3º).

De regra, a inconstitucionalidade resulta de um comportamento positivo do Poder Público, que transgredir ou violenta uma norma. Agora, a inconstitucionalidade deriva, também, da omissão de editar lei complementar ou ordinária, necessária para tornar efetiva a norma constitucional.

6.7. O mandado de injunção será processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "q") e pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, "h"), dependendo do órgão, entidade ou autoridade contra quem haja sido proposto.

6.7.1. A alínea "h", inciso I do art. 105, ressalva, contudo, os casos de competência dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, o que vale dizer que o juízo singular e os tribunais dessas justiças podem proces

sar e julgar o mandado de injunção, conforme seja o caso.

6.7.2. Como à Justiça do Trabalho cabe conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas (artigo 114 da nova Constituição), pensamos, com a máxima vênia do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que o mandado de injunção alcança os direitos sociais.

6.7.3. O ilustre Professor, no estudo divulgado pelo "Repertório IOB de Jurisprudência nº 20/88, págs. 297 e seguintes", expressa entendimento no sentido de que o mandado de injunção pressupõe direito subjetivo, isto é, a faculdade conferida por norma auto-executável, já que norma não auto-executável propriamente não confere direito e sim expectativa de direito. O mandado de injunção tem campo restrito, a firma, cabendo apenas "a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". Para o renomado constitucionalista,

a parte final "inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania", estaria a restringir o alcance do mandado, que serviria para a garantia dos direitos, liberdades e prerrogativas diretamente vinculados ao status de nacional.

A omissão de norma reguladora referente a outros campos, bem como a de norma necessária para que uma expectativa de direito passe a direito subjetivo, enseja o mandado de injunção, mas a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, medida mais abrangente, cabível sempre que providência for necessária para tornar efetiva norma constitucional, continua o conhecido mestre, para quem o mandado de injunção é excepcional, sendo normal a ação de inconstitucionalidade por omissão.

6.7.4. Não temos dúvidas de que o mandado de injunção é medida excepcional, como afirmamos, aliás, no ítem 6 (seis) deste escrito.

Imaginamos, no entanto, que sua abrangência seria suficiente para atingir os direitos sociais, como seria de se compreender pelas ressalvas contidas na alínea "h", inciso I, do artigo 105 atrás referido.

7. Seria útil lembrar, ainda, que a matéria coberta pelo mandado de injunção situa-se na Constituição Federal, porque dis respeito a direitos e garantias fundamentais (entre os quais se incluem, ao nosso ver, os direitos sociais listados nos arts. 6º e 7º), às liberdades constitucionais e às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Seria altamente improvável, ou mesmo impossível, que tal matéria oudesse ser discutida a nível das Constituições Estaduais e da Lei Orgânica dos Municípios.

8. Parece, por igual, que o mandado de injunção assim como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão se inscrevem entre as figuras do direito processual, o que significa que a sua disciplina, se necessária, deverá ser, obrigatoriamente, prescrita pela União (artigo 22, inciso I da nova Carta Política).

9. O mandado de injunção não é auto-executável, isto é, o texto que o instituiu não se define como norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, como diz o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho no estudo já mencionado. Apesar de estar inserido no Capítulo I do Título II, que cuida Dos Direitos e Deveres,

Individuais e Coletivos, cujas normas teriam aplicação imediata, quando definidoras dos direitos e garantias fundamentais (parágrafo 1º do artigo 5º), o próprio mandado de injunção mostra as dúvidas sobre a auto-executoriedade de tais normas, porque ele foi criado exatamente para os casos em que certos direitos e garantias não podem ser exercidos por falta de norma reguladora, o que evidencia a não-aplicabilidade imediata desses direitos e garantias. A observação deve-se a aguda e inteligente análise do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (ver estudo citado).

9.1. Ainda por ser u'a medida excepcional, aplicável a determinadas hipóteses e não a generalidade das situações em que se configure a ausência de norma reguladora, mais se poderia entender porque ao mandado de injunção se nega, alhures, aplicação imediata e eficácia plena.

9.2. Pensa de forma diferente, contudo, o preclaro Professor José Afonso da Silva, para quem o dispositivo constitucional que assegura o direito de impetrar o mandado de injunção é de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Não requer lei que o explique, discipline ou defina, porque isso seria função da dou-

trina e da jurisprudência.

Não se exige lei que o regulamente, que indique quais são os seus pressupostos, porque isso estaria compreendido na norma constitucional que o instituiu.

O que se poderia alegar seria a falta de previsão do seu processo e procedimento, fato insuficiente para não se conhecer de uma ação, que é direito público subjetivo (ver estudo citado).

9.3. O tema é, evidentemente, complexo. Há, inclusive, os que entendem que o mandado de injunção pode ser interposto contra qualquer ente de natureza privada, não obstante o artigo 5º, II, da nova Carta Política, fiel à tradição do nosso direito constitucional, prescrever que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (grifamos). E o mandado de injunção, sabe-se, só pode ser impetrado na ausência de lei (grifamos). É possível, em face de tudo quanto foi antes exposto, que a solução do problema da aplicabilidade imediata ou não do mandado de injunção, fique na dependência da jurisprudência dos tribunais que o deverão processar e julgar.

9.4. Seria de aplicabilidade imediata, ao que nos parece, a norma que prevê a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, já que estão definidos os órgãos, entidades e autoridades que a podem propor, assim como o Tribunal que a deverá processar e julgar, bem como as hipóteses em que pode ser proposta. A falta de legislação específica disciplinadora do seu rito processual, poder-se-iam aplicar, subsidiariamente, e com as devidas adaptações, as normas que regulam o mandado de segurança e as regras do Código de Processo Civil.

10. Porque a Constituição consagra a separação dos poderes, não só pela referência expressa no seu artigo 2º, inserida entre os Princípios Fundamentais da República Brasileira, mas ainda por ter sido o princípio incluído no art. 60, parágrafo 4º, inciso III, como insusceptível de apreciação através de emenda constitucional que objetive a sua eliminação, tem-se que o deferimento da medida, quando couber, não pode resultar no estabelecimento, pelo órgão julgador, da norma regulamentadora necessária à viabilização do direito.

No que respeita à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, é expressa a

Carta Política quando diz, no seu art.103, parágrafo 2º, que declarada a inconstitucionalidade, 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 (grifamos).

Se a omissão for, por exemplo, do Poder Legislativo, o Poder Judiciário se limitará a comunicar a decisão proferida.

10.1. Está inserto no art. 61 da nova Carta Política, que a iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República e, ainda, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos nela previstos. A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação, à Câmara dos Deputados, de projeto de lei subscrito por no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

10.2. Prescrevem, também, o art. 64 e parágrafos 1º e 2º, que a discussão e vota

ção dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, terão início na Câmara dos Deputados.

10.2.1. O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa, caso em que, se a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem, cada qual, sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, a proposição será incluída na Ordem do Dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, para que se ultime a votação.

11. Como se vê das disposições constitucionais acima mencionadas, o princípio da separação dos três Poderes da União, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, que devem ser independentes, mas harmônicos entre si, não impediu que o legislador constituinte prescrevesse regras que possibilitam a iniciativa do processo legislativo também por parte dos outros poderes, que não o legislativo, de forma a ensejar a real e efetiva harmonia entre eles, permitindo que certas matérias possam constituir proposições de iniciativa do Presidente da República ou dos Tribunais Superiores.

Hã mesmo, determinados assuntos, cuja iniciativa ẽ privativa do Presidente da Repũblica, como se vẽ do art.61, parãgrafo 1º, incisos I e II.

Existem, igualmente, hipõteses em que o Presidente da Repũblica, em casos de relevãncia e urgẽncia, pode adotar medidas provisõrias, com força de lei (artigo 62).

11.1. Poder-se-ia imaginar, pelo que foi atrã exposto, que nã haveria propriamente violaçaõ ao princĩpio da separaçã dos poderes, no fato dos Tribunais Superiores proporem, se assĩm o entendessem, ao decidirem pela omissã do Poder Judiciãrio, a soluçaõ adequada, atravẽs de projeto a ser apreciado segundo o rito previsto no parãgrafo 2º do art.64 jã citado. Parece õbvio que o Congresso poderia aceitar a propositura enviada, ou modificã-la, ou ainda substituĩ-la por outra com a mesma finalidade, mas sempre no prazo e na forma dos assuntos que devem receber o tratamento especial das matẽrias consideradas urgentes.

11.2. Esta observaçaõ se justifica pelo fato conhecido de que as disputas polĩticas podem perpetuar os debates sobre determinada matẽria, circunstãncia que deixaria exata-

mente ao poder omissivo a faculdade de corrigir ou não a omissão, remanescendo exclusivamente na vontade dos seus componentes a efetivação ou não de direitos e prerrogativas consagrados pelo novo Estatuto Político.

Isso acontecendo, estaria comprometida a harmonia que deve existir entre os três Poderes, porque um deles estaria a sobrepor-se aos outros, impedindo-os de bem desempenharem as suas finalidades, ou dificultando-lhes esse desempenho.

12. A matéria é, sem dúvida, complexa e de difícil solução, porque o legislador constituinte não deixou margem para a cooperação dos outros Poderes, senão aquelas hipóteses expressamente previstas.

Teme-se, por isso, pelo destino das medidas examinadas, quando destinadas a estimular a edição de norma reguladora.

As nossas esperanças repousam na desejada diligência dos senhores legisladores e na sua compreensão da necessidade de, reconhecida a omissão, deliberarem em regime de urgência sobre a norma reguladora reclamada.

12.1. Poder-se-ia objetar que a omissão dos senhores legisladores, ou a sua incuria na edição da norma reguladora, mesmo quando reconhecida a omissão, ensejaria a impetração do mandado de injunção, que seria o instrumento apropriado para se obter o direito, quando existam normas disciplinadoras do dispositivo constitucional que outorgou tal direito.

Ocorre, porém, que a injunção seria, como já se afirmou, medida excepcional, com campo de aplicação restrito, não se aplicando, por isso mesmo, ao universo das hipóteses que necessitariam de norma capaz de viabilizar o direito consagrado pela Carta Política.

12.2. Seria útil lembrar, ainda, que o mandado de injunção difere, como parece óbvio, do mandado de segurança, porque este se destina a proteger o direito líquido e certo, não amparado por "habeas corpus" ou "habeas data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, inciso LXIX). O mandado de segurança, singular ou coletivo, tem como pressuposto a ação ou um ato ilegal ou que revele abuso de poder de autoridade pública, ao

passo que o mandado de injunção se justifica pela omissão do poder competente na atividade de editar norma regulamentadora, necessária para possibilitar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

12.3. O "habeas data", nova figura criada pelo artigo 5º, LXXII da Carta Política, que se concederá para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constante de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ou para a retificação de dados, quando não se quiser fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo, não tem qualquer parentesco, seja com o mandado de injunção, seja com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Novembro de 1988