

# A segunda geração do mandado de injunção

Walter Claudius Rothenburg

## Sumário

1. A importância atual do mandado de injunção. 2. Uma ação, diversas interpretações. 3. Desnecessidade mas oportunidade de lei para o mandado de injunção. 4. A omissão inconstitucional e seu tratamento jurídico. 5. O sujeito passivo e a prestação do direito constitucional. 6. O projeto de lei 6.128/2009: uma proposta para ser discutida.

### *1. A importância atual do mandado de injunção*

O mandado de injunção nunca deixou de ser importante no Direito brasileiro desde a Constituição de 1988. Contudo, se ele trazia uma expectativa alvissareira de efetividade dos “direitos e liberdades constitucionais” e das “prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (Constituição, art. 5<sup>o</sup> LXXI), o primeiro ciclo de sua história mostrou um alcance deveras contido. Aquela expectativa era fomentada especialmente pela doutrina, por meio de vários dos primeiros analistas da Constituição que acabara de vir a lume. Esse alcance contido deveu-se sobretudo à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que fez uma leitura inicialmente parcimoniosa do instituto.

Mencionar o papel da doutrina e da jurisprudência relativas ao mandado de injunção é sintomático por revelar uma

Walter Claudius Rothenburg é Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Pós-graduado pela Universidade de Paris II. Procurador Regional da República. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC. Professor de Direito Constitucional.

das características dessa primeira etapa: a ausência de disciplina legal para essa ação constitucional. Ante a falta de regulação em âmbito legislativo, sobrou para os doutrinadores e para o Judiciário traçar o perfil inicial do mandado de injunção.

Passadas mais de duas décadas do advento da Constituição brasileira de 1988, o mandado de injunção passa por outro ciclo. A timidez inicial é superada por uma jurisprudência mais avançada do Supremo Tribunal Federal, que empresta maior alcance ao instituto e resgata aquela expectativa promissora da doutrina de primeira hora. Algumas propostas legislativas vinham sendo oferecidas e surge mais recentemente um novo projeto de lei para disciplinar o processo e julgamento do mandado de injunção, de iniciativa do Deputado Federal e jurista Flávio Dino, que não apenas resgata a importância do instituto, como percebe e traduz legislativamente a evolução jurisprudencial que vem dando novo alento à ação constitucional. Espera-se que a nova fase do mandado de injunção seja marcada por sua oportuna disciplina legal, juntandose o Poder Legislativo aos demais poderes para desenvolver o instituto.

Chega a parecer intencional (e paradoxal) a maldição de falta de norma regulamentadora do mandado de injunção, justamente ele – uma espécie processual para lutar contra o tempo e... “a falta de norma regulamentadora [que] torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (ROTHENBURG, 2009a, p. 387-398).

Existiam e ainda existem direitos previstos na Constituição brasileira cujo desfrute é impedido ou dificultado por falta de norma regulamentadora. É o caso do art. 7º, I, da Constituição: “[São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:] relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que

preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

A proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa fez inclusive com que o Brasil incorporasse a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, o que foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.480-3/DF (relator Ministro Celso de Mello), em que se alegou a necessidade de lei complementar, tendo em vista o entendimento prevalecente no sentido de que a aprovação e promulgação da Convenção ocorreria em nível de lei ordinária<sup>1</sup>. O Supremo Tribunal Federal deferiu liminar (em 04/09/1997) para suspender o Decreto Legislativo 68/1992 (de aprovação da Convenção OIT 158) e o Decreto 1.855/1996 (de promulgação), e, depois, deu por prejudicada a ADI (em 27/06/2001), em razão da denúncia do decreto que havia promulgado a Convenção (Idem, 2005, p. 75-77).

O art. 37, VII, da Constituição, também carece de regulamentação. Diz ele: “[A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:] o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. A exigência de interposição legislativa fora abrandada pela Emenda Constitucional 19/1998, que passou a reclamar a edição de lei simplesmente (entenda-se: lei ordinária), enquanto a redação original do dispositivo previa lei complementar.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu, inicialmente, a omissão constitucional, ao julgar o Mandado de Injunção 20/DF (relator Ministro Celso de Mello), em

<sup>1</sup> Quanto aos tratados sobre direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento, para considerar o “status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil” (HC 95.967/MS, rel. Min. Ellen Gracie, DJU 28/11/2008).

19/05/1994, porém com o entendimento de que não era imediatamente exigível (não era autoaplicável) o direito de greve no serviço público, o qual dependia de lei complementar, pelo que o pedido fora deferido, mas apenas para “reconhecer a mora do Congresso Nacional... e comunicar-lhe a decisão, a fim de que tome as providências necessárias à edição” da lei complementar requerida.

A falta de lei não foi sanada e, diante da inércia do Legislativo, o Supremo Tribunal Federal avançou significativamente. No Mandado de Injunção 670/ES e 708/DF (relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes), bem como no Mandado de Injunção 712/PA (relator Ministro Eros Grau), todos julgados em 25/10/2007, a Corte não apenas reconheceu a mora do Congresso – tendo-lhe assinado prazo de sessenta dias para que legislasse sobre a matéria –, como fixou os parâmetros para a aplicação do direito de greve dos servidores públicos: o próprio Supremo Tribunal Federal determinou que fosse aplicada a legislação relativa à iniciativa privada (Lei 7.701/1988 – que “[d]ispõe sobre a especialização de Turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos e dá outras providências”, e Lei 7.783/1989 – que “[d]ispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”).

O que surpreende nessa apreciação não é apenas o conteúdo “construtivo” da decisão, mas a intenção de conferir-lhe uma eficácia transcendente, com a fixação das condições objetivas de exercício do direito de greve no serviço público não somente para a situação específica que foi objeto do mandado de injunção, senão que para quaisquer outras situações semelhantes. O Ministro Gilmar Mendes recordou o que a Corte havia concluído por ocasião do julgamento do Mandado de Injunção 107/DF (relator Ministro Moreira Alves, julgamento em 21/09/1990): “a decisão proferida em sede do controle abstrato de

normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia *erga omnes*, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção”. O Ministro Eros Grau foi até mais direto: “No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos”. O alcance emprestado ao mandado de injunção aproxima-se da tese arrojada que o tinha como autorização a que o Supremo Tribunal Federal, em caso de omissão normativa, desempenhasse ele mesmo a função legislativa.

A concessão de aposentadoria conforme requisitos e critérios diferenciados, nos termos definidos em leis complementares, aos servidores públicos “cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”, prevista no art. 40, § 4º, III, da Constituição, ensejou a propositura do Mandado de Injunção 758/DF (relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 01/07/2008), em que o Supremo Tribunal Federal novamente reconheceu a mora legislativa e determinou a aplicação da legislação existente, relativa “aos trabalhadores em geral” (Lei 8.213/1991, art. 57, § 1º) (MENDES, 2010). O Ministro Marco Aurélio enfatizou a natureza “mandamental” do mandado de injunção, “e não simplesmente declaratória de omissão”. No entanto, o relator atribuiu à ação um alcance limitado, em sentido oposto ao que ficara consignado nas decisões dos mandados de injunção antes referidos: “Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada”. Assim ainda os mandados de Injunção 788/DF (relator Ministro Carlos Britto) e 795/DF (relatora Ministra Cármen Lúcia), ambos julgados em 15/04/2009.

Determina o art. 231, § 3º, da Constituição: “O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a

pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei". Tem-se um exemplo lamentavelmente ainda atual de carência de legislação, em que há espaço e oportunidade para o cabimento de mandados de injunção. Colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.352 MC/DF (relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 02/12/2004), em que se discutia a validade de medida provisória para disciplinar uma situação específica de mineração em terra indígena – quando a espécie normativa adequada, dada a competência exclusiva do Congresso Nacional (Constituição, art. 49, XVI), é o decreto legislativo (Constituição, art. 59, VI) –, tendo a Corte entendido que não usurpa essa competência congressual, "contudo, a medida provisória que, visando resolver o problema criado com a existência, em poder de dada comunidade indígena, do produto de lavra de diamantes já realizada, disciplina-lhe a arrecadação, a venda e a entrega aos indígenas da renda líquida resultante de sua alienação".

Podem ser citados, na história do mandado de injunção, dispositivos constitucionais cuja falta de regulamentação propiciou a propositura de mandados de injunção à época. A posterior edição da legislação pertinente ou a revogação da norma constitucional conduziram os episódios ao arquivo da memória. Vejam-se exemplos.

O art. 45, § 1º, da Constituição, estabelece que "[o] número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecida 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". A ausência dessa

norma regulamentadora fez com que fosse impetrado o Mandado de Injunção 219/DF (relator Ministro Octavio Gallotti, julgamento em 22/08/1990), tendo o Supremo Tribunal Federal deferido o pedido em parte, para reconhecer "a omissão em que se encontra o Congresso Nacional quanto à elaboração da Lei Complementar..., dar-lhe ciência dessa situação de mora constitucional para que supra a omissão em tempo útil". O dispositivo constitucional veio a ser regulamentado pela Lei Complementar 78/1993.

A Constituição de 1988 continha, originalmente, a curiosa prescrição do art. 192, § 3º: "As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar". Ante a ausência de interposição legislativa, veio o Mandado de Injunção 372/SP (relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 01/08/1994), que foi julgado parcialmente procedente pelo Supremo Tribunal Federal, "para que se comunique ao Congresso Nacional a mora em que se encontra, a fim de que sejam adotadas as providências necessárias ao suprimento da omissão", porém sem fixação de prazo para tanto. O dispositivo constitucional veio a ser revogado pela Emenda Constitucional 40/2003.

Mesmo que todos os dispositivos constitucionais que demandam integração normativa venham a ser regulamentados, é provável que não desapareça a pertinência de mandados de injunção. Basta que se revele alguma incompletude na regulamentação (CLÈVE, 2000, p. 385), seja em nível legal, seja em nível infralegal. Assim, será cabível mandado de injunção para denunciar a inadequação da regulamentação existente em vista de outras, quicá novas, configurações da realidade, que frustrem

o exercício de direitos constitucionais apesar da presença de normas de integração (obsoletas) – um mandado de injunção de atualização normativa. Será cabível também mandado de injunção para possibilitar o exercício *pleno* do direito constitucional, que talvez já esteja regulamentado num primeiro e mais genérico nível (normalmente o da lei), mas ainda careça de uma regulamentação mais específica (normalmente no âmbito do regulamento) – um mandado de injunção para colmatar lacunas “de segundo grau” (ROTHENBURG, 2005, p. 65-68). Nesse passo, a utilidade do mandado de injunção tende a renovar-se, o que reforça a importância contínua de uma disciplina legal para o instituto.

Não se ignoram os limites de alcance do mandado de injunção, o qual, em princípio, não serve “quando se pretende apenas que haja uma nova legislação para fins de modificar aquela já existente, ainda que esta seja incongruente com a Constituição”, ou “quando o objetivo for o de obter do Judiciário o pronunciamento acerca do que seria a correta interpretação da legislação existente” (TAVARES, 2010, p. 1007-1008). Contudo, as insuficiências da legislação existente – reveladas pela interpretação que dela se faça em cotejo com os comandos da Constituição – podem indicar, sim, o cabimento do mandado de injunção para conferir integração normativa plena e ajustada às normas constitucionais de eficácia limitada.

Na prática, numerosos foram os mandados de injunção impetrados no Supremo Tribunal Federal nos primeiros tempos, e a demanda continua, sendo surpreendente o número de mandados de injunção ajuizados atualmente. Aponta Gilmar Ferreira Mendes: “Em 1990 e 1991 o STF julgou 203 MIs (dados do BNDPJ). Até 16-8-2006 o STF autuou 738 MIs (dados da Secretaria Judiciária)” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008, p. 1207). Dados do Supremo Tribunal Federal mostram que, em 2007, foram protocolados 52 mandados de injunção e

distribuídos 48; em 2008, protocolados 136 e distribuídos 135; em 2009 (até o início de dezembro), protocolados 1.264 e distribuídos 1.257 (SUPREMO ..., 2009)!

Portanto, o mandado de injunção ainda é importante.

## 2. Uma ação, diversas interpretações

A autoridade de José Afonso da Silva chancela uma das mais fortes e promissoras perspectivas que se tinha e ainda se tem para o mandado de injunção desde a primeira hora e por muitos daqueles que elaboraram a Constituição de 1988: que a ação serve para “fazer com que a norma constitucional seja aplicada em favor do impetrante, independentemente de regulamentação, e exatamente porque não foi regulamentada” (SILVA, 1999, p. 450). Conforme essa opinião, o instituto é capaz de oferecer uma resposta concreta (específica), pelo que se caracteriza principalmente como um instrumento de realização de direitos (constitucionais) subjetivos. O objetivo é conferir integração normativa ao direito constitucional, de modo que se possa buscar sua efetivação prática; superar o estado de coisas designado – na lembrança feita por Pedro Lenza – “síndrome de inefetividade das normas constitucionais” (LENZA, 2010, p. 816). Há os que nunca perdemos a esperança nessa virtude do mandado de injunção.

O alcance (subjetivo) do mandado de injunção dependerá, contudo, do tipo de direito e de situação em discussão. Muitas vezes, a resposta oferecida pelo mandado de injunção para a lacuna normativa implicará um tratamento uniforme para outras situações semelhantes, por força do princípio da isonomia. Isso tende a ocorrer no âmbito do Poder Público, que, a propósito, está jungido ao princípio da impessoalidade (art. 37 da Constituição). Tendo percebido isso, anota Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 379) que “o mandado de injunção consiste em instrumento de proteção de

um interesse jurídico concreto”, mas que, “na hipótese de tutela de direitos difusos a decisão no mandado de injunção será capaz de desencadear efeitos semelhantes (*erga omnes*) aos da ação de inconstitucionalidade por omissão” (CLÈVE, 2000, p. 387).

De outro lado, há os que eram céticos desde o início, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 315), a defender um alcance restrito ao mandado de injunção, que “[n]ão importa no estabelecimento pelo próprio órgão jurisdicional da norma regulamentadora necessária à viabilização do direito”. O Judiciário funcionaria como órgão *oficial* de censura *formal* da omissão, cabendo-lhe – segundo uma concepção exagerada da “separação de Poderes” – comunicar o órgão que deveria editar a norma regulamentadora requerida, à semelhança da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da Constituição: “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”).

Ainda há os que, ciosos da efetividade das normas constitucionais, como Luís Roberto Barroso, veem no mandado de injunção um instituto prescindível, que cumpriu seu “ciclo histórico” e passou à desconfortável posição de, “quando não um óbice, ao menos um complicador desnecessário à realização dos direitos”. Barroso sugere então a revogação do dispositivo constitucional que alude ao mandado de injunção e sua substituição por uma fórmula “mais simples, célere e prática” (de valor enfático, uma vez que, “[a] rigor técnico, nem sequer é necessária a verbalização desse comando, que decorre da lógica do sistema e já vem expresso de longa data no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil”), qual seja, um acréscimo ao § 1º do art. 5º da Constituição: “As normas definidoras de direitos subjetivos constitucionais têm aplicação direta e

imediate. Na falta de norma regulamentadora necessária ao seu pleno exercício, formulará o juiz competente a regra que regerá o caso concreto submetido à sua apreciação, com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito” (BARROSO, 2006, p. 130-132).

Previsão semelhante já havia sido formulada à época da Assembleia Nacional Constituinte pelo Deputado Darcy Pozza: “os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata. Conceder-se-á mandado de injunção para garantir direitos nela assegurados, não aplicados em razão da ausência de norma regulamentadora, podendo ser requeridos em qualquer juízo ou tribunal observadas as regras de competência da lei processual” (ROSA, 2006, p. 310).

Rigorosamente, mesmo, não seria necessária a previsão de uma ação judicial própria para conferir aplicabilidade imediata, em concreto, aos direitos constitucionais. Essa via induz ao equívoco de imaginar que seria sempre necessária a previsão de um instrumento judicial especial para aplicar direitos constitucionais ante a falta de regulamentação e que, portanto, esses direitos, enquanto não regulamentados, seriam inaplicáveis. Todavia, a criação de uma ação judicial específica com tal propósito – na linha de outras ações específicas propostas na Constituição de 1988, tal o *habeas data*<sup>2</sup> – funciona como reforço (prático e simbólico) de aplicabilidade dos direitos constitucionais e deveria estimular o Judiciário a cumprir seu papel de garantidor da realização desses direitos. Ressalte-se, ademais, a nota de subsidiariedade do mandado de injunção: “Se a pretensão não puder ser satisfeita por outro meio

<sup>2</sup> Art. 5º, LXXII: “Conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

processual, então, sim, caberá a injunção.” (CLÈVE, 2000, p. 367).

O mandado de injunção participa da preocupação com a eficácia plena e imediata dos direitos fundamentais, exteriorizada textualmente em diversas Constituições, de que são ilustrações a da Alemanha<sup>3</sup>, a da Espanha<sup>4</sup>, a de Portugal<sup>5</sup>, a do Uruguai<sup>6</sup>, a da Bolívia<sup>7</sup> e a do Brasil<sup>8</sup>. Uma interpretação conciliatória consegue superar a aparente redundância da afirmação da pronta aplicação dos direitos fundamentais e da previsão de uma ação judicial para conferir tal imediatidade: o mandado de injunção como reforço (garantia) hábil a possibilitar a implementação judicial da eficácia plena e imediata<sup>9</sup>.

### *3. Desnecessidade mas oportunidade de lei para o mandado de injunção*

Pode-se tachar de ridícula a discussão que se pretendeu travar sobre o mandado de injunção, logo que a Constituição de 1988 veio a lume, a respeito da autoaplicabilidade (eficácia jurídica plena) do art. 5º,

<sup>3</sup> “Art. 1º, III. Os direitos fundamentais a seguir enunciados vinculam o Legislador, o Poder Executivo e o Judiciário, como direito diretamente vigente”.

<sup>4</sup> “Art. 53.1. Os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo II do presente Título vinculam todos os poderes públicos”.

<sup>5</sup> “Art. 18.1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

<sup>6</sup> “Art. 332. Os preceitos da presente Constituição que reconhecem direitos aos indivíduos, assim como os que atribuem faculdades e impõem deveres às autoridades públicas, não deixarão de aplicar-se por falta da respectiva regulamentação, senão que esta será suprida recorrendo aos fundamentos de leis análogas, aos princípios gerais de direito e às doutrinas geralmente admitidas”.

<sup>7</sup> “Art. 109.I. Todos os direitos reconhecidos na Constituição são diretamente aplicáveis e gozam de iguais garantias para sua proteção”.

<sup>8</sup> “Art. 5º, § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

<sup>9</sup> Em sentido semelhante Sarlet (2009, p. 265-266). Com mitigação Dimoulis e Martins (2009, p. 90-93).

LXXI. Seria preciso uma lei processual que dissesse como e para que manejar a nova ação? As informações dadas pela Constituição não seriam suficientes? Teria cabimento sustentar que o instituto criado justamente para conferir eficácia plena e aplicabilidade imediata a normas constitucionais veiculadoras de direitos fosse, ele próprio, destituído de autoaplicabilidade, de modo que, para viabilizá-lo ante a ausência de norma regulamentadora, seria necessário interpor um... mandado de injunção?!

Mas talvez a discussão a propósito da aplicabilidade imediata do mandado de injunção correspondesse, na verdade, a uma outra questão crucial, acerca do conteúdo (alcance) da ação, conforme noticia Fábio Lima Quintas (2009-2010). Paradoxalmente, as perspectivas invertiam-se. Quem, como o então Procurador-Geral da República Inocêncio Mártires Coelho, “antevia no mandado de injunção um futuro promissor, de assegurar ao jurisdicionado a outorga do direito subjetivo que não podia ser exercido em razão da desídia do poder regulamentador na normatização de um direito fundamental”, reconhecia, por outro lado, “o risco de desestabilizar o sempre delicado equilíbrio entre os Três Poderes” e, por isso, sustentava “que o seu manejo demandaria prévia regulamentação, a ser feita seguindo o processo legislativo, no qual o Legislativo e o Executivo seriam chamados a dar sua contribuição na conformação do instituto”.

Por sua vez, uma perspectiva mais contida, como a do então Ministro do Supremo Tribunal Federal Moreira Alves, “que limita a eficácia do provimento do mandado de injunção à declaração da mora do poder regulamentador e ao apelo de que essa omissão seja suprida”, concluía que “essa ação constitucional poderia andar, desde logo, com as próprias pernas, sem necessidade de regulamentação”.

Sem receio de oferecer aos direitos constitucionais carecedores de regulamentação a condição jurídica de desfrute

imediatamente, tanto no âmbito do conteúdo do provimento judicial, quanto no âmbito prejudicial do próprio cabimento da ação – pois seria um contrassenso alegrar-se com as possibilidades do mandado de injunção, residentes na superação da omissão normativa, porém conter essa alegria na antecâmara da regulamentação do instituto e, assim, capitular ante uma omissão normativa preliminar –, era possível adotar uma posição de adesão integral, que aceitasse tanto a utilização imediata quanto a possibilidade de integração judicial. Dito de outro modo: era possível discordar tanto da falta de autoaplicabilidade do mandado de injunção, quanto de sua impropriedade para conceder eficácia jurídica plena aos direitos constitucionais carecedores de norma regulamentadora.

Considerei despropositada e, a depender do propósito com que era sustentada, mal-intencionada a tese refratária à autoaplicabilidade, destinada a manter o mandado de injunção desativado pelo maior tempo possível. Felizmente, o Supremo Tribunal Federal logo respondeu que o mandado de injunção é “auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber” (Questão de Ordem no Mandado de Injunção 107-3/DF, relator Min. Moreira Alves, julgada em 23/11/1989, sobre a transferência do servidor militar para a inatividade, prevista no art. 42, § 9º, do texto original da Constituição de 1988<sup>10</sup>). Na acertada percepção de Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 365), “[d]efiniu o Judiciário, porém, que um meio criado precisamente para a defesa de direitos dependentes de norma regulamentadora não poderia ficar paralisado diante da falta de norma de integração”.

<sup>10</sup> “A lei disporá sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade”. O dispositivo foi suprimido posteriormente.

A previsão de uma ação no próprio capítulo “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, para possibilitar a eficácia plena de direitos constitucionais ante a ausência de norma regulamentadora, tem uma dupla relação com o disposto no § 1º do art. 5º da Constituição, segundo o qual “[a]s normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Por um lado, o mandado de injunção serve para proporcionar judicialmente essa eficácia plena e aplicabilidade imediata, sendo, pois, um veículo. Por outro lado, o próprio mandado de injunção beneficia-se dessa autoaplicabilidade, sendo, pois, objeto da norma do art. 5º, § 1º; nessa linha, Marcus Orione Gonçalves Correia (2007, p. 84) assevera que o mandado de injunção “[n]ão necessita, assim, de norma que lhe implemente os efeitos – nos termos do próprio art. 5º, § 1º, da Constituição Federal”.

Ora, se a eficácia plena e aplicabilidade imediata da norma instituidora do mandado de injunção decorre da própria Constituição, não há necessidade de regulamentação. É possível extrair da Constituição as principais informações a propósito do mandado de injunção: que tem por finalidade viabilizar imediatamente “o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, sendo esse complexo de direitos o seu campo de incidência; que tem por sujeitos ativos, no mínimo, os titulares de tais direitos; que está na competência expressa dos órgãos judiciais indicados na Constituição (Supremo Tribunal Federal: art. 102, I, “q”, e II, “a”; Superior Tribunal de Justiça: art. 105, I, “h”; Justiça Eleitoral: art. 121, § 4º, V), sem prejuízo da competência dos demais.

Sob o prisma procedimental, também não há dificuldades de monta, pois é quase intuitiva a adoção do rito do mandado de segurança, quando certos e demonstráveis desde logo os fatos sobre os quais se assenta o pedido, tendo sido essa a conclusão da doutrina (CLÈVE, 2000, p. 365), da juris-



prudência (veja-se, no Supremo Tribunal Federal, o já referido Mandado de Injunção 107-3/DF) e da legislação (a Lei 8.038/1990, que “[i]nstitui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal”, dispõe, no art. 24, parágrafo único, que, “[n]o mandado de injunção e no *habeas data*, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica”). Se os pressupostos de liquidez e certeza não estiverem presentes, restará a via ordinária procedimento comum (Código de Processo Civil, art. 271).

Entretanto, dadas a importância e as peculiaridades do mandado de injunção, um procedimento judicial específico, conquanto não estritamente necessário, é altamente pertinente e oportuno (ROSA, 2006, p. 325). Ademais, a disciplina legal do instituto supera as incertezas, polêmicas e recalitrâncias que, mesmo quando infundadas, acompanham o instituto. Afinal, como elucida Fábio L. Quintas, uma lei para o mandado de injunção não diz respeito apenas ao procedimento da ação: “a questão que primeiro surge na regulação do Mandado de Injunção não é o rito. O problema imediato da regulamentação do Mandado de Injunção é de jurisdição constitucional, a que se segue a discussão do melhor rito aplicável”.

Portanto, embora não seja rigorosamente necessária uma lei para a aplicação do mandado de injunção, a disciplina legal é bastante conveniente para facilitar, uniformizar e potencializar o manejo dessa ação constitucional, além de ser muito oportuna em face do amadurecimento do instituto e do número significativo de mandados de injunção ajuizados.

#### 4. A omissão constitucional e seu tratamento jurídico

Constituições extensas, de pendor programático, como são as que caracterizam

o Direito contemporâneo no contexto da sociedade pós-industrial (ROTHENBURG, 2010, p. 23-25), apresentam o fenômeno da omissão inconstitucional, que desafia tratamento *jurídico* e não apenas político. As diferentes modalidades dessa omissão e as técnicas de sua superação judicial possuem origem e preocupação em comum, motivo pelo qual se estabelecem conexões que recomendam uma interpretação sistemática dos institutos concernentes.

É o que ocorre com a Constituição brasileira de 1988 e as respostas jurídicas que oferece à omissão inconstitucional. Por conta do figurino específico e complexo de nossa gramática de controle de constitucionalidade, também quanto à inconstitucionalidade por omissão, a fiscalização conjuga-se tanto na forma objetiva (abstrata) e concentrada, quanto na forma subjetiva (concreta) e difusa. Objetivamente, é prevista uma variante da tradicional ação direta de inconstitucionalidade: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (Constituição, art. 103, § 2º; Lei 9.868/1999, com as alterações da lei 12.063/2009). Em concreto, prevê-se o remédio específico do mandado de injunção, que substitui ou completa institutos tradicionais como o mandado de segurança. Entretanto, ambas as modalidades de combate à omissão inconstitucional possuem aspectos semelhantes e sugerem um tratamento jurídico parcialmente comum.

Uma das primeiras e mais destacadas aproximações que se tentou estabelecer entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção foi, no entanto, indevida. O equívoco residiu, a meu ver, não na perspectiva de vislumbrar semelhanças e extrair consequências equivalentes, mas no critério utilizado para a aproximação, isto é, na opção de adotar, como referência para o contato, o aspecto mais anódino dos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para estendê-lo ao mandado de injunção. Tratava-se de afirmar que a ação direta de

inconstitucionalidade por omissão seria a mais avançada reação à omissão inconstitucional (no atacado) e que mesmo ela permitiria, apenas em caso de procedência, dar “ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (art. 103, § 2º, da Constituição). Ao mandado de injunção, vocacionado somente para reagir à lesão de direitos constitucionais em concreto (no varejo), não seria dado ir além dessas consequências (FERREIRA FILHO, 1999, p. 315-316).

Tal interpretação tornava o mandado de injunção inócuo. Primeiro, porque atribuía a dois institutos (ele e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão) os mesmos efeitos. Segundo, porque esses efeitos eram muito tímidos, quase ineficazes do ponto de vista jurídico. Terceiro, porque, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tinha alguma envergadura “política”, por representar uma censura “em tese” da “cúpula” do Poder Judiciário (o Supremo Tribunal Federal) à do Poder Legislativo (o Congresso Nacional) e às altas autoridades administrativas (especialmente o Presidente da República), o mandado de injunção poderia não ter tal envergadura, ao tratar de uma questão mais específica (menos abrangente) e/ou ser julgado por outro órgão judiciário.

Foi essa, lastimavelmente, a orientação inicialmente seguida pelo Supremo Tribunal Federal (Mandado de Injunção 107-3/DF).

A aproximação seria cabível, sim, porém em sentido inverso: do mandado de injunção para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ou melhor, com a atribuição de efeitos mais incisivos de combate à omissão inconstitucional a ambas as modalidades. O mandado de injunção presta-se a remover obstáculos e viabilizar a realização do direito constitucional reivindicado em concreto, a despeito da falta de regulamentação, assim como

creio que também por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão seria possível superar a ausência de norma ou de atividade administrativa.

Dois aspectos do texto do dispositivo constitucional referente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão amparam essa interpretação: (i) a afirmação de que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade por omissão, dará ciência ao Poder competente “para a adoção das providências necessárias”, com o que o Supremo Tribunal poderia determinar o modo de superação da omissão inconstitucional e não apenas comunicar o órgão omissor; ii) a alusão genérica ao “Poder competente para a adoção das providências necessárias”, sem vinculação necessária entre o órgão responsável pela omissão e aquele que recebe do Supremo a incumbência de saná-la (ROTHEMBURG, 2005, p. 90). Assim, uma omissão do Legislativo federal poderia redundar numa comunicação/atribuição ao Legislativo estadual, por exemplo, com um deslocamento tópicos e temporário da competência tal como originalmente fixada na Constituição. Como também poderia o próprio Supremo Tribunal Federal estabelecer, ainda que provisoriamente, as condições, digamos, para a criação de novos Municípios, ante a resistência do Congresso Nacional em editar a lei complementar requerida pelo art. 18, § 4º, da Constituição<sup>11</sup>; aliás, a falta dessa lei complementar já foi reconhecida nas ADI 2.240/BA, ADI 3.316/MT, ADI 3.489/SC (relator Ministro Eros Grau, julgamento em 09/05/2007) e ADI 3.689/PA (mesmo relator, julgamento em 10/05/2007).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem evoluindo para dar maior

<sup>11</sup> Art. 18, § 4º: “A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei”.

efetividade tanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, quanto ao mandado de injunção. Naquela, para ilustrar, chegou-se a fixar prazo para que o Legislativo editasse a regulamentação faltante, indo-se além da mera ciência ao órgão omissor e faltando pouco para que o próprio Supremo Tribunal Federal dispusesse a respeito da concretização do direito invocado enquanto não houvesse a regulamentação legislativa (ADI 3.682/MT, relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 09/05/2007; sobre a falta de lei complementar prevista no art. 18, § 4º, da Constituição). No mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal chegou a estabelecer qual o regime jurídico a ser aplicado, a fim de fornecer condições de realização efetiva do direito invocado, apesar da falta de norma regulamentadora (os já referidos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, sobre o direito de greve dos servidores públicos, em que o Supremo determinou a aplicação da legislação existente para o setor privado). Inverte-se, desse modo, a direção da aproximação entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, no sentido da efetividade.

Entretanto, permanecem as diferenças essenciais entre uma modalidade de superação da omissão normativa em concreto (o mandado de injunção) e uma modalidade de fiscalização em abstrato e concentrada da inconstitucionalidade por omissão (a ação direta de inconstitucionalidade por omissão). Nessa medida, ao avançar surpreendentemente em sua jurisprudência relativa ao mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal chegou a atribuir efeitos universais (*erga omnes*) a ações propostas por determinadas categorias de servidores públicos regionalmente situadas (servidores do Poder Judiciário do Pará: MI 712-8/PA, policiais civis do Espírito Santo: MI 670-9/ES, servidores da educação no Município de João Pessoa: MI 708-0/DF) e assentar a aplicação da legislação de greve na iniciativa privada ao setor público. É

adequado restringir essa aplicação aos casos examinados e, provavelmente, repeti-la em casos semelhantes que surjam, sem fazer da decisão em mandados de injunção um sucedâneo genérico da norma regulamentadora faltante<sup>12</sup>.

### 5. O sujeito passivo e a prestação do direito constitucional

A definição do sujeito passivo (demandado) da ação judicial de mandado de injunção é mais uma das questões ligadas ao alcance que se deve conferir ao instituto. Servisse ele para, na perspectiva mais ousada, substituir a norma regulamentadora faltante, ou servisse ele, na perspectiva menos ousada (porém ainda ligada à concepção generalista da omissão da própria norma de regulamentação), apenas para denunciar a falta e advertir as autoridades omissas, então o mandado de injunção deveria ser proposto exclusivamente em face desse titular (relapso) da competência para editar a norma regulamentadora. Nem de litisconsórcio passivo (entre o ente público ou autoridade competente para editar a regulamentação e o particular que deve prestar o direito constitucional em concreto) poderia cogitar-se.

Mas, se o mandado de injunção servisse para possibilitar a aplicação em concreto do direito constitucional invocado, numa perspectiva de *superação episódica* da omissão normativa e não de substituição da norma regulamentadora faltante por uma decisão judicial genérica, então o sujeito passivo da ação seria aquele (ente público ou particular) que deve, em concreto, prestar o direito constitucional pretendido. Estivéssemos a falar, por exemplo, da limitação dos juros a 12% ao ano (como fazia o art. 192, § 3º, da versão original da Constituição) e se concluísse (como fez o Supremo Tribunal Federal) tratar-se de dispositivo não autoaplicável, o

<sup>12</sup> Veja-se o relato do caso, o apontamento do voto do Ministro Lewandowski e a opinião semelhante de André R. Tavares (2010, p. 1014-1015).

mandado de injunção deveria ser impetrado, no caso, contra a instituição financeira, para que, nos contratos em discussão, fosse observado aquele índice. Falássemos da participação dos empregados nos lucros da empresa (art. 7º, XI, da Constituição: “[São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:] participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”), se não houvesse norma regulamentadora<sup>13</sup>, o mandado de injunção caberia contra determinada empresa, conforme a situação específica.

Sustenta Flávia C. Piovesan (1995, p. 127): “no mandado de injunção a legitimidade passiva recai sobre a parte privada ou pública que viria a suportar o ônus de eventual concessão da injunção. Isto é, a legitimidade passiva recai sobre o ente cuja atuação é necessária para viabilizar o exercício do direito e não recai, portanto, sobre a autoridade competente para elaborar a norma regulamentadora faltante”<sup>14</sup>. Na mesma linha, Daniel Sarmiento (2004, p. 325) afirma que, “até mesmo em homenagem aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não haveria como excluir o devedor do direito material subjacente à impetração – que pode perfeitamente ser um particular – do polo passivo do mandado de injunção”, para concluir: “o mandado de injunção poderia assumir grande relevância nas relações jurídico-privadas, ensejando a incidência sobre as mesmas de direitos constitucionais relevantes, cujo exercício vinha sendo obstaculizado pela inércia do legislador”.

<sup>13</sup> Advirta-se que já existe a Lei 10.101/2000, que “[d]ispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências”.

<sup>14</sup> No mesmo sentido: Rothenburg (2005, p. 69-71). Parece ser também a opinião de José Afonso da Silva (1999, p. 453).

A aceitar-se como impetrado aquele que pode prestar o direito constitucional carente de regulamentação, ainda assim, no processo do mandado de injunção, haverá utilidade na participação do órgão público omissor, como aponta Luís Roberto Barroso (2006, p. 116): “mesmo que não figure como parte, parece de todo conveniente que se dê ciência ao responsável pela omissão, que poderá, inclusive, trazer elementos e informações relevantes para a decisão”.

Prevaleceu, no entanto, a primeira interpretação, amparada por significativa doutrina<sup>15</sup> e adotada pelo Supremo Tribunal Federal: réu no mandado de injunção é aquele (ente público ou autoridade) que tem competência para editar a norma regulamentadora ausente. Essa leitura contribui para a castração do instituto, pois mantém a perspectiva da impossibilidade de substituição e da ineficácia. Substituição impossível, porque se imagina sempre o mandado de injunção somente para denunciar a omissão normativa e não para corrigi-la (ainda que topicamente); ineficácia por isso mesmo, sendo que o direito constitucional pretendido continuaria sem aplicação.

O cabimento do mandado de injunção em face de particular não encontra impedimento teórico nem processual. Enquanto a incumbência de edição da norma regulamentadora faltante obviamente que é do Poder Público (mas o mandado de injunção não substitui, em princípio, essa atividade normativa genérica), o dever de prestar em concreto o direito constitucional invocado (e que existe mesmo depois da edição da norma regulamentadora) é do sujeito – público ou particular – que se encontre nessa condição específica: por exemplo, empregador particular, em caso de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (art. 7º, XXI, da Constituição: “[São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de ou-

<sup>15</sup> Nesse sentido, Temer (1993, p. 202); Moraes (2001, p. 179-180); Araujo e Nunes Júnior (2005, p. 195); Tavares (2010, p. 1.008-1009); Lenza (2005, p. 524); Agra (2007, p. 196).

tros que visem à melhoria de sua condição social.] aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”; a propósito, veja-se o MI 695/MA, relator Ministro Sepúlveda Perence, julgamento em 01/03/2007); o ente público, em caso de greve de servidores (art. 37, VII, da Constituição).

#### 6. O Projeto de Lei 6.128/2009: uma proposta para ser discutida

De autoria do Deputado Federal Flávio Dino, o Projeto de Lei 6.128/2009 traz em sua ementa precisamente o objeto de que trata: “Disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo e dá outras providências”. Ele atende à técnica legislativa, de acordo com o art. 5º da Lei Complementar 95/1998 (“sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal”): “A ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei”.

Esse objeto é reproduzido no art. 1º do Projeto (“Esta lei disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo, nos termos do art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal”), em respeito ao art. 7º da Lei Complementar 95: “O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios: (...)”. A crítica que faço aqui não é somente ao Projeto, mas à própria Lei Complementar: temos logo de início uma redundância, pois o objeto da lei (o tema de que trata) consta da ementa e, logo em seguida, também do art. 1º, quando bastava a primeira referência, não?

O art. 2º do Projeto (“Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogati-

vas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”) reproduz literalmente o inciso LXXI do art. 5º da Constituição, com a única diferença de que o texto do Projeto minudencia que a falta de norma regulamentadora a ensejar o mandado de injunção pode ser total ou parcial. Não há nada de errado em se especificar o que a doutrina apontava: que a omissão a ser combatida pelo mandado de injunção pode ser total ou apenas parcial. Porém o detalhe é desnecessário diante de certo consenso doutrinário e da formulação abrangente contida na Constituição (que fala genericamente em falta), que já me parece suficiente. Ademais, o art. 1º do Projeto já remete expressamente aos “termos do art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal”.

Também não há equívoco na explicação contida no parágrafo único do art. 2º do Projeto, de que parcial é “a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente”. Salvo, talvez, a indução a que se compreenda a falta como sendo sempre do Legislativo, por causa da expressão “órgão legislador competente”, pois a omissão pode provir de outro Poder ou órgão (aquele que tem competência para editar a norma regulamentadora e, assim, deve ser considerado “órgão legislador”). O que percebo, uma vez mais, é alguma obviedade na explicação.

O Projeto 6.128/2009 poderia muito bem começar pelo art. 3º, que aponta os sujeitos ativos e passivos, autores e réus, ou, como prefere o Projeto, impetrantes e impetrados da ação de mandado de injunção: aqueles, os indivíduos (o texto fala em “pessoas naturais”) ou pessoas jurídicas “que se afirmam titulares dos direitos, liberdades ou prerrogativas referidos no art. 2º” (referência que poderia ser substituída por “art. 5º, LXXI, da Constituição da República”, caso o art. 2º do Projeto fosse suprimido, por ser desnecessário); estes, “o Poder, órgão ou autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora”.

O autor do Projeto andou bem ao generalizar o impetrado, que pode ser ou pessoa jurídica ou indivíduo (pessoa física: “autoridade”), sem excluir a possibilidade de litisconsórcio. Todavia, o Projeto preferiu adotar a tese prevalecente, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que só cabe mandado de injunção contra órgão público (precisamente aquele que deveria ter editado a norma regulamentadora faltante)<sup>16</sup>, em vez de admitir também o particular que deve prestar o direito constitucional invocado (QUARESMA, 2009, p. 280); essa opção (que o Projeto não faz) é mais adequada para possibilitar o exercício efetivo dos direitos constitucionais carentes de aplicação direta e imediata.

É provável que o art. 3º do Projeto tenha em perspectiva apenas o mandado de injunção individual. Contudo, o cabimento de mandado de injunção coletivo é reconhecido e previsto no próprio Projeto (art. 12). Tudo indica que foi uma escolha legislativa – deliberada, portanto – tratar separadamente as modalidades. Tendo em vista, porém, os diversos aspectos comuns e que a diferença proposta reside sobretudo num critério (a legitimação ativa, por conta do modo de articulação dos direitos envolvidos) que não justifica maiores distinções, acho preferível o tratamento conjunto, em que o art. 3º fosse conjugado, algo do tipo: “Estão legitimados para o mandado de injunção: I – como impetrante: a) (sobre o mandado de injunção individual); b) (sobre o mandado de injunção coletivo); II – como impetrado: (...)”.

Sobre a petição inicial, o art. 4º determina, com acerto, que ela indique, “além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que este integra ou à qual se acha vinculado”. Dispositivo semelhante consta do art. 6º da Lei 12.016/2009 (a atual lei do mandado de segurança), quanto à petição inicial, ao indicar, “além da autoridade coatora, a pes-

soa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições”.

Ligeira incoerência verifica-se na utilização da expressão “órgão impetrado”, que dá a impressão de se tratar de indivíduo (que, rigorosamente, não deixa de ser órgão da “pessoa jurídica que este integra ou à qual se acha vinculado”); porém, no artigo anterior (art. 3º), há uma distinção entre Poder, órgão e autoridade, que sugere ser esta (autoridade) a expressão para indivíduo (pessoa física). Para uniformizar, talvez fosse o caso de o art. 4º retomar a dicção do art. 3º e dizer que, além da autoridade ou órgão impetrado, quando for o caso, também deve ser indicada a pessoa jurídica à qual se integra ou se acha vinculado ou da qual exerce atribuições, conforme o modelo da Lei 12.016.

O parágrafo primeiro do art. 4º está em sintonia com a contemporaneidade do meio eletrônico, que é tomado como o modo usual (“Quando não for transmitida por meio eletrônico, a petição inicial e os documentos que a instruem serão acompanhados de tantas vias quantos forem os impetrados”). Essa é a tendência do processo em geral, de que dão mostra as Leis 11.280 (sobre meios eletrônicos no processo civil) e 11.419 (“sobre a informatização do processo judicial”), ambas de 2006. O apontamento que faço diz respeito ao número de vias que tem de acompanhar a inicial: já que, além do(s) impetrado(s), também deve ser indicada “a pessoa jurídica que este integra ou à qual se acha vinculado”, então uma via a mais haveria de ser exigida.

Oportuno o dispositivo do parágrafo segundo do art. 4º, que garante o acesso a “documento necessário à prova do alegado [que] se encontre em repartição ou estabelecimento público, em poder de autoridade ou de terceiro”, caso haja “recusa em fornecê-lo por certidão, no original, ou em cópia autêntica”: “será ordenada, a pedido do impetrante, a sua exibição no prazo de 10 (dez) dias”. Termina o dispositivo por precisar: “Cópia do documento, quando

<sup>16</sup> Por exemplo: Mandado de Injunção 284/DF, relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 22/11/1991.

exibido, será juntada à segunda via da petição”. Seguiu-se a linha das leis da ação popular (Lei 4.717/1965, art. 1º, §§ 4º a 7º), da ação civil pública (Lei 7.347/1985, art. 8º e 10) e do mandado de segurança (Lei 12.016/2009, art. 6º, § 1º).

Em complementação à disciplina da recusa, dispõe o parágrafo 3º do art. 4º: “Se a recusa em fornecer o documento for do impetrado, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação”.

O art. 5º do Projeto é de natureza puramente ordinatória, a preceituar que, “[r]ecebida a inicial, será ordenada: I – a notificação do impetrado do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste informações; II – a ciência do ajuizamento da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial, para que, querendo, ingresse no feito”.

O regramento do exame preliminar da inicial limita-se à hipótese de indeferimento (art. 6º: “A inicial será desde logo indeferida quando manifestamente incabível ou improcedente a impetração. / Parágrafo único. Da decisão de relator que indeferir a inicial caberá agravo, em 5 (cinco) dias, para o órgão colegiado competente para o julgamento da impetração”) e nada diz sobre a possibilidade de concessão de medida liminar ou cautelar. Conquanto o Supremo Tribunal Federal tenha entendido que “a apreciação de medida cautelar revela-se incabível em sede injuncional, pois incompatível com a sua natureza e função institucional” (CLÈVE, 2000, p. 386)<sup>17</sup>, não deve ser elidida a possibilidade de acautelamento e de antecipação de tutela, compreendida nos poderes gerais dos magistrados.

Favorável à liminar e à cautelar, também, Yannick Caubet (2003, p. 70): “É cabível, em tese, medida liminar no mandado de injunção, para evitar que o impetrante

sofra lesão de difícil ou impossível reparação. Necessário existirem, concomitantemente, seus dois pressupostos: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. É também cabível a obtenção, pelo impetrante, de medida cautelar, com fundamento no poder geral de cautela, assunto regulado nos arts. 796 a 812 do Código de Processo Civil”.

Como observam Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos (2009-2010), “assim como no mandado de segurança é possível que se determine liminarmente a suspensão do ato que deu motivo ao pedido (Lei 12.016, art. 7º, III), a nova disciplina do mandado de injunção deve prever a possibilidade de o relator – desde que presentes os requisitos para a concessão de liminares –, ao receber a inicial, determinar a suspensão de eventuais processos ou feitos administrativos dos quais decorra o risco de lesão à esfera de interesses do impetrante em razão direta da falta de regulamentação do dispositivo constitucional”. Previsão semelhante consta agora expressamente em relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão: “A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal” (art. 12-F, § 1º, da Lei 9.868/1999, com a redação da Lei 12.063/2009).

Mais amplamente até, penso ser possível que o Judiciário determine provisoriamente, no todo ou em parte, o desfrute do direito constitucional carente de norma regulamentadora.

Determina o art. 7º, com acerto, quando “[f]indo o prazo para apresentação das informações”, a oitiva do Ministério Público em dez dias, após o que “os autos serão conclusos para decisão” com ou sem parecer. Interessante a garantia de celeridade processual ante eventual demora do Ministério Público, que pode conduzir

<sup>17</sup> No mesmo sentido: Barroso (2006, p. 122-123) (sendo que este autor posiciona-se contrariamente).

à prescindibilidade de sua manifestação. Existe, porém, um óbice prático: como é assegurada ao Ministério Público a intimação pessoal, normalmente com a remessa física dos autos<sup>18</sup>, o descumprimento do prazo pode acarretar a requisição judicial dos autos (que então poderão, mas dificilmente irão, ser devolvidos sem manifestação) e a responsabilização do membro do Ministério Público, mas não é provável que os autos chegarão a ser conclusos para decisão sem tal manifestação.

Se o Ministério Público for o próprio proponente do mandado de injunção (coletivo: art. 12, I, do Projeto), creio que não se deva conferir-lhe nova oportunidade de manifestação, agora como fiscal da lei, depois do “prazo para apresentação das informações”.

O que se consegue com o mandado de injunção afinal? Essa importante resposta é dada pelo art. 8º do Projeto, que trata do conteúdo do provimento judicial: “Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para o fim de: I – determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II – estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado”.

Novamente aqui a expressão empregada (“mora legislativa”) induz a que se pense no Poder Legislativo e na falta de lei, mas se sabe que a omissão normativa pode advir da falta ou insuficiência de normas regulamentadoras em geral (da competência de outros Poderes, órgãos e autoridades inclusive).

<sup>18</sup> Veja-se a Lei 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público –, art. 41 (sobre as “prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função”), IV: “receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, através da entrega dos autos com vista”.

Enfim, duas são as possibilidades básicas previstas de injunção judicial: a) a assinação de prazo razoável ao requerido para que edite a norma faltante; b) a fixação das condições de exercício dos “direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados” ou então daquelas em que o interessado poderá “promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado”.

A primeira possibilidade (determinação para que se edite a norma regulamentadora) configura uma ordem judicial e revela a natureza predominantemente *mandamental* da ação (melhor: da decisão). Identifica-se, no ponto, o mandado de injunção com a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. O Projeto consagra a primeira leitura que o Supremo Tribunal Federal fez do alcance do mandado de injunção. Há um profundo respeito ao princípio da separação de Poderes, em que o Judiciário restringe-se a censurar o órgão omissor, sem a pretensão de substituí-lo ou de superar a omissão. No entanto, desde o aparecimento do mandado de injunção, sustentou-se que o reconhecimento judicial da omissão normativa não era desprovido de consequências jurídicas, como a possibilidade de, com a certidão judicial de mora, buscar indenização<sup>19</sup> ou a responsabilização da autoridade desidiosa.

O Projeto investe nessa possibilidade, que pode ou não se revelar suficiente. A determinação para editar a regulamentação no prazo fixado pode mostrar-se apenas como uma primeira providência e não deve ser inócua nem reiterada (protelatória), tanto que o parágrafo único do art. 8º prevê a dispensa, “quando comprovado que o im-

<sup>19</sup> Tais consequências eram admitidas para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. No RE 424.584/MG (relator originário Ministro Carlos Velloso, relator para o acórdão Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 17/11/2009), o STF discutiu a tese e apenas decidiu que, no caso (ausência de revisão geral anual de vencimentos dos servidores públicos: Constituição, art. 37, X), não houve demora excessiva que justificasse indenização.



petrado deixou de atender ao prazo estabelecido para a edição da norma em anterior mandado de injunção”. Percebe-se aqui a encampação legislativa do entendimento do Supremo Tribunal Federal. No caso do art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que oferece uma “reparação de natureza econômica” “[a]os cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica” indicadas, mas condiciona a concessão a uma “lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição” (ocorrida em 5 de outubro de 1988), o Supremo, em um primeiro mandado de injunção (MI 283-5/DF, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 20/03/1991), ao deferi-lo, declarou a mora legislativa do Congresso Nacional e do Presidente da República, bem como assinou “o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada”. Na ocasião, contudo, o Supremo Tribunal Federal assentou que “é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito”.

Em um segundo mandado de injunção (MI 284/DF, relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 22/11/1991), decidiu o Supremo Tribunal que, tendo em vista que o Congresso “absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se *prescindível* nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, *desde logo*, a possibilidade de ajuizarem, *imediatamente*, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório”.

A outra possibilidade prevista no art. 8º do Projeto (estabelecimento das condições para o exercício dos direitos reclamados, no que já se incluem as condições para o exercício de ação própria) configura uma intervenção mais acentuada do Judiciário, numa (re)configuração mais complexa e apropriada do relacionamento entre os Poderes (DIMOULIS, 2007, p. 347-351). Exige-se, segundo Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 251), “um diálogo constitucional entre os três Poderes. É claro que isso também exigiria que a separação rígida de Poderes, na forma como muitas vezes é defendida no Brasil, fosse repensada”.

O órgão judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, pode estabelecer as condições para o exercício pontual (quando a situação for individual ou de contornos mais específicos) ou mesmo amplo (em situações de índole coletiva ou difusa), com decisões de caráter aditivo (MARTINES, 2005, p. 496). Abre-se espaço para a invenção judicial, para o ativismo judicial saudável, pois, como aponta André Vicente Pires Rosa (2006, p. 321), “o constituinte brasileiro pareceu acreditar que os juízes – em particular os juízes do Supremo Tribunal Federal, como veremos – poderiam ajudar na realização do projeto constitucional”.

Para tanto, pode o Judiciário valer-se de parâmetros construídos, em situações semelhantes, pelo próprio Legislativo ou outro órgão omissor (como se verificou, quanto ao direito de greve dos servidores públicos, com a adoção da legislação relativa ao setor privado), com o que parte da legitimidade é tirada do órgão originariamente competente para editar a regulamentação; ou pode o Judiciário eliminar obstáculos (como quando o Supremo Tribunal Federal autorizou pessoa lesada por atos secretos da ditadura militar a buscar diretamente perante o juízo competente uma indenização devida, enquanto não fosse editada a lei demandada pela Constituição) ou até construir, ele mesmo, os parâmetros

necessários para o exercício imediato dos direitos reivindicados (como seria se o Supremo Tribunal Federal dissesse que, para a proteção da relação de emprego “contra despedida arbitrária ou sem justa causa” e na ausência da lei complementar requerida pelo art. 7º, I, da Constituição, a indenização compensatória deveria ser proporcional ao tempo no emprego – o que é expressamente determinado no art. 7º, XXI –, e o Supremo Tribunal também estabelecesse outros direitos, tais como a discussão da possibilidade de demissões por comissões paritárias de empregados e empregadores, a apresentação de projetos de recolocação no mercado de trabalho e de requalificação profissional etc.).

O autor do Projeto de Lei 6.128/2009 fez bem em não estabelecer de antemão um prazo fixo para a adoção das providências. O mandado de injunção é uma ferramenta judicial vocacionada à solução de situações específicas, que podem demandar uma resposta ajustada às peculiaridades, com o que o Judiciário deverá avaliar os diferentes casos e, nessa medida, estipular um “prazo razoável”.

Sobre os efeitos da decisão do mandado de injunção, o art. 9º principia por dizer o óbvio: que, quanto às pessoas atingidas, “[a] decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes”, e, quanto ao tempo, “produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora”. Note-se, contudo, que as partes podem estar em substituição processual e representar um número significativo de gente; e a norma regulamentadora pode demorar ou até nem vir a ser editada.

O parágrafo primeiro do art. 9º prevê a possibilidade de extensão da eficácia subjetiva da decisão, “*ultra partes* ou *erga omnes*, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração”. É importante que o órgão judicial competente para decidir possa modular a eficácia subjetiva da decisão, quando tal calibragem revele-se necessária ou adequada. É

o caso, por exemplo, de outras situações idênticas ou muito semelhantes, que envolvam outros grupos ou categorias de pessoas, ou outros entes da federação, ou outros órgãos públicos. Do ponto de vista da Administração Pública, a exigência de um mesmo tratamento decorre ainda do princípio constitucional da impessoalidade, como visto.

O parágrafo segundo do art. 9º (“Transitada em julgado a decisão, os seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator”) ousa atribuir essa possibilidade de ampliação dos afetados pela decisão do mandado de injunção ao próprio relator, a quem incumbirá, além da avaliação quanto à conveniência e oportunidade da extensão, a avaliação prévia da semelhança de casos (“casos análogos”). Concordo com tal mecanismo de objetividade e rapidez processual, mas reconheço que se trata de um poder a ser utilizado com sobriedade e fiscalizado com atenção.

O dispositivo sobre a modulação da eficácia subjetiva da decisão tem especial pertinência com o mandado de injunção coletivo, o que justifica uma alteração do Projeto, com a previsão dessa possibilidade (comum ao mandado de injunção individual e coletivo) uma única vez e num mesmo dispositivo. Deveria ainda ser deslocada a referência ao mandado de injunção coletivo, do art. 12 (que desapareceria) para o atual art. 3º (que deveria passar a ser o art. 1º). Ademais, não é tecnicamente apropriado que se disciplinem os efeitos da decisão (art. 9º) antes da legitimação ativa (art. 12, sobre o mandado de injunção coletivo).

O terceiro parágrafo do art. 9º autoriza a repositura da ação, quando o pedido tiver sido indeferido por insuficiência de prova, desde que a “renovação da impetração [esteja] fundada em outros elementos probatórios”. Segue-se, uma vez mais, a linha da ação popular (Lei 4.717/1965, art. 18) e da ação civil pública (Lei 7.347/1985, art. 16).

Embora desnecessária, é positiva a lembrança, contida no art. 10 do Projeto, de que “a decisão poderá ser revista, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito”. No geral, toda vez que o quadro fático alterar-se significativamente, será possível postular, e será novo pedido (nova ação), pois cada ação judicial é relativa a suas circunstâncias. Defendo, com base na economia e celeridade processual, a possibilidade de revisão no mesmo processo, quer dizer, o aproveitamento do processo anterior de mandado de injunção para ajustar apenas a decisão, sem necessidade de propositura formal de outra ação, a despeito dos termos do parágrafo único do art. 10 (“A ação de revisão observará, no que couber, o procedimento estabelecido nesta Lei”).

Creio que possa suscitar essa revisão (“interessado”) aquele que demonstre ser atingido com relevância pelos efeitos da decisão, e não apenas o impetrante. Por exemplo, o próprio impetrado ou outro órgão público e, na hipótese de mandado de injunção coletivo, diversos outros sujeitos.

O art. 11 leva em conta a edição da norma regulamentadora faltante: “A superveniente norma regulamentadora produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável”.

Numa primeira hipótese, se a edição for posterior à decisão transitada em julgado, a situação passará a ser disciplinada pela norma regulamentadora (*ex nunc*), desde que o conteúdo desta seja mais benéfico ou semelhante ao da decisão, pois, num quadro de equivalências, a preferência para a regulamentação deve ser dada ao órgão originariamente incumbido pela Constituição para editar a norma faltante (princípio da separação de Poderes).

Numa segunda hipótese, entretanto, se a aplicação da norma regulamentadora for

mais favorável do que a decisão do mandado de injunção, então determina o Projeto que aquela retroagirá.

Numa última hipótese, prevista no parágrafo único do art. 11, a edição da norma regulamentadora ocorre antes da decisão do mandado de injunção e prejudica a impetração: “Ficará prejudicada a impetração se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito”. Faltou prever o que ocorre se houver sido deferida liminar (antecipação de tutela); penso que, como a edição da norma regulamentadora opera seus efeitos, usualmente, daí em diante (*ex nunc*), devam ser mantidos os efeitos decorrentes do provimento judicial provisório, a menos que a aplicação da norma seja mais favorável.

Por outro lado, acho que nem sempre se deve permitir que retroajam os efeitos da norma regulamentadora mais benéfica, sobretudo quando decorrido certo tempo entre a decisão definitiva do mandado de injunção e a posterior edição da norma, pois esta tende a oferecer um tratamento genérico e mais amplo (isonômico), e sua extensão para além do previsto pode implicar maior favorecimento àqueles que já se haviam beneficiado da decisão do mandado de injunção, acentuando-se a diferença para com outros que, somente com a edição da norma, passaram a usufruir a suposta vantagem. Sob a perspectiva da separação de Poderes, contudo, como afirmei, o art. 11 respeita a opção do titular da competência normativa originária, ainda quando exercitada tardiamente (após a propositura ou decisão do mandado de injunção).

O Projeto 6.128/2009 deixa para o fim a disciplina das particularidades do mandado de injunção coletivo. Acredito que essas particularidades não justificam uma disciplina destacada e podem ser mais adequadamente tratadas nos outros dispositivos do Projeto, junto ou ao lado das disposições do mandado de injunção em geral.

Atribui-se a legitimação ativa do mandado de injunção ao Ministério Público, a partido político e a organização sindical, entidade de classe ou associação, nos seguintes termos: “Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido: I – pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais ou individuais indisponíveis; II – por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária; III – por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial”.

Quanto ao Ministério Público, o Projeto andou muito bem ao precisar que a legitimação decorre não apenas da natureza do bem defendido (ordem jurídica, regime democrático e interesses sociais ou individuais disponíveis, em reprodução do art. 127 da Constituição), mas ainda da especial *relevância* da tutela requerida (ROTHENBURG, 2009, p. 1633). A titularidade do Ministério Público para o mandado de injunção já é prevista no art. 6º, VIII, da Lei Complementar 75/1993, “sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União”.

Faltou incluir a Defensoria Pública (Constituição, art. 134<sup>20</sup>) entre os legitimados ativos do mandado de injunção coletivo. Essa instituição foi relativamente ignorada até aqui e é preciso que seja

<sup>20</sup> “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

devidamente valorizada, num contexto de tamanha desigualdade social como o pátrio. A propósito, há previsão legal expressa, entre as funções institucionais da Defensoria Pública, para “impetrar *habeas corpus*, mandado de injunção, *habeas data* e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução” (Lei Complementar 80/1994, art. 4º, IX, com redação dada pela Lei Complementar 132/2009).

O partido político, por sua vez, para propor mandado de injunção, deverá ter representação no Congresso Nacional e expressar interesses (“o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas”) de seus integrantes ou relacionados com a finalidade institucional da agremiação. O requisito formal da representação deve ser aferido “no momento da propositura da ação e... a perda superveniente de representação do partido político no Congresso Nacional não o desqualifica como legitimado ativo para a ação”, segundo a alteração de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante à ação direta de inconstitucionalidade (e às demais ações de controle objetivo e concentrado de constitucionalidade)<sup>21</sup>. O requisito material do conteúdo do direito em questão apresenta a dupla possibilidade de defesa de interesses específicos dos filiados ou de interesses mais amplos relativos à “finalidade partidária” e que costumam traduzir interesses sociais e públicos.

As organizações sociais, entidades de classe ou associações, para interporem mandado de injunção coletivo, precisam estar legalmente constituídas “e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano”. A preocupação com a seriedade e estabe-

<sup>21</sup> ADI 2.159 AgR/DF, relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 12/08/2004. O entendimento anterior era no sentido de ser preciso ter representação atual no Congresso Nacional: a perda de representação parlamentar descaracterizava a legitimação ativa para prosseguir no processo de ADI (ADI 2.202-DF, ADI 2.465-RJ, ADI 2.723-RJ, relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 27/02/2003).

lidade desses entes poderia, contudo, ser mitigada, nos moldes do art. 82, § 1º, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e do art. 5º, § 4º, da Lei 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública): “O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”. A especificação dos direitos tuteláveis e sua extensão (“para assegurar o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial”) é disposição desnecessária do Projeto, tendo em vista que o Código de Defesa do Consumidor, no plano legislativo, bem como a doutrina e a jurisprudência, já definiram tais aspectos.

A mesma crítica vale para o parágrafo único do art. 12 (“Os direitos, liberdades e prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria”). Os “interesses” difusos e coletivos já se encontram definidos pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990, art. 81, parágrafo único). Talvez haja situações em que direitos individuais homogêneos (definidos como aqueles “decorrentes de origem comum”, no art. 81, parágrafo único, III, da Lei 8.078/1990) também justifiquem a interposição de um só mandado de injunção.

O art. 13 repete o que já se definiu em geral com relação à tutela de direitos transindividuais: que “a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, grupo, classe ou categoria substituídos pelo impetrante”; veja-se, a propósito, o art. 103 da Lei 8.078/1990. Ao referir que essa limitação do universo subjetivo não impede a aplicação dos “§§ 1º e 2º do art. 9º”, o art. 13 perde utilidade (pois,

afinal, “[p]oderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão”) e sistematicidade (pois tudo poderia ser disciplinado em um mesmo artigo).

O parágrafo único do art. 13 (“O mandado de injunção coletivo não induz litispendência em relação aos individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva”) é quase idêntico ao art. 104 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990). Todavia, ao executar que “os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual” e seguir o novo modelo do mandado de segurança (Lei 12.016/2009, art. 22, § 1º), “o dispositivo mencionou ‘desistência’ e não suspensão da ação individual, como se dá com as ações coletivas disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 104). Assim, mais uma vez se cria, a nosso ver, injustificável restrição, na medida em que, desistindo do mandado de injunção individual e deparando-se com sentença de improcedência no mandado de injunção coletivo, a parte terá que – se ainda presentes os pressupostos e condições para tanto – impetrar novo mandado de segurança [leia-se ‘de injunção’] individual” (WAMBIER; e VASCONCELOS, 2009-2010).

O art. 14 determina a aplicação subsidiária das normas do mandado de segurança (Lei 12.016/2009), ação constitucional específica que guarda semelhanças com o mandado de injunção, como visto; bem como a aplicação subsidiária das normas gerais de processo contidas no Código de Processo Civil. Utiliza-se adequadamente uma formulação clássica para a remissão, em caráter suplementar, à legislação correlata.

Por derradeiro e simbolicamente, o último artigo do Projeto (art. 15) prevê a imediata entrada em vigor da lei, “na data de sua publicação”, tendo o Legislativo

aberto mão da eficácia diferida (*vacatio legis*). Não que a lei do mandado de injunção deva ser considerada “de pequena repercussão” (como aquelas para as quais deve ser “reservada a cláusula ‘entra em vigor na data de sua publicação’”, conforme o art. 8º da Lei Complementar 95/1998), mas não convém que a lei disciplinadora do instituto constitucional destinado a conferir auto-aplicabilidade a direitos constitucionais carentes de norma regulamentadora, e que virá a ser editada somente mais de vinte anos da promulgação da Constituição, ainda precise esperar algum tempo.

Em meados de 2010, o Projeto de Lei 6.128/2009, após ter sido, juntamente com outros semelhantes, apensado ao Projeto de Lei 6.002/1990 (uma versão mais tímida e modesta), encontrava-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, onde recebeu parecer favorável do relator, Deputado Antonio Carlos Biscaia, nos termos do substitutivo apresentado.

Sabe-se lá em que condições de tempo e de quantidade de trabalho o presente Projeto foi elaborado. Ele tem, contudo, o grande mérito de sugerir mais uma alternativa de disciplina para o mandado de injunção, e essa virtude inaugural é imprescindível para que saia a lei de uma vez por todas.

Trata-se de um tratamento jurídico adequado, que incorpora a jurisprudência mais avançada do Supremo Tribunal Federal sobre o instituto e está sintonizada com outras leis relacionadas (como a da ação civil pública, o Código de Defesa do Consumidor e a do mandado de segurança).

Se o Projeto fosse aprovado tal como está, já teríamos uma lei muito boa para o mandado de injunção. No entanto, é possível colher outras contribuições e aperfeiçoar a proposta. Afinal, o processo legislativo deve ser um espaço democrático por excelência, onde se amplia a “sociedade aberta de intérpretes – oficiais e informais – da Constituição”, na célebre expressão de Peter Häberle (1997).

Portanto, quanto mais se refletir e se discutir (ainda que com a necessária brevidade) acerca do Projeto de Lei 6.128/2009, e quanto melhor souberem ser aproveitadas as contribuições, tanto melhor será a lei do mandado de injunção.

### Referências

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAUBET, Yannick. *Controle de constitucionalidade por omissão*. Institutos e óbices à sua eficácia. Curitiba: Juruá, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. Separação de poderes. In: *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Método, 2005.

- \_\_\_\_\_. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARTINES, Temistocle. *Diritto costituzionale*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulamentação legislativa. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional* 2009/2010. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/363/246>>. Acesso em: 10 maio 2010.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- QUARESMA, Regina. Artigo 5º, inciso LXXI. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- QUINTAS, Fábio Lima. Por que regulamentar o Mandado de Injunção? *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, ano 3, 2009-2010. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/375/258>>. Acesso em: 7 maio 2010.
- ROSA, André Vicente Pires. *Las omisiones legislativas y su control constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ROTHENBURG, Walter C. Artigos 127 ao 130. In: AGRA, Walber de Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. São Paulo: Verbatim, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*. A perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- \_\_\_\_\_. O tempo e a aplicabilidade das normas constitucionais. In: BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>. Acesso em: 1 dez. 2009.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de; WAMBIER, Luiz Rodrigues. A propósito da proposta legislativa de nova disciplina para o mandado de injunção. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, ano 3, 2009-2010. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/366/249>>. Acesso em: 10 maio 2010.