O MANDADO DE INJUNÇÃO E A LEGALIDADE FINANCEIRA

RICARDO LOBO TORRES*

1. Introdução. 2. O modelo americano. 2.1. Structural injunction. *2.2. A questão ideológica. 2.3. A legalidade financeira. 2.4. A legalidade orçamentária. 2.5. A legalidade tributária. 3. A solução brasileira. 3.1. Doutrina. 3.2. Jurisprudência. 4. Conclusões.*

1. *Introdução*

A Constituição de 1988 trouxe uma novidade que não encontra similar em nenhuma Constituição estrangeira, antiga ou moderna: o mandado de injunção. Diz o art. 5º, inciso LXXI:

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

O mandado de injunção, açodadamente constitucionalizado entre nós, encontrou inspiração na *structural injunction* que há cerca de 20 anos passou a ser empregada pelas cortes federais americanas para a garantia dos direitos fundamentais.

Sucede que a maior parte da doutrina brasileira e o próprio Supremo Tribunal Federal vêm se afastando do modelo americano, o que está inviabilizando o remédio que, adequadamente utilizado, poderia ser de grande valia para assegurar os direitos da liberdade, especialmente das populações mais pobres.

Pretendemos analisar, a seguir as principais características da injunção americana, mormente no que pertine à legalidade financeira, para verificar, após, como a teoria e a jurisprudência dos Tribunais dos Estados Unidos, se levados

* Professor de Direito Financeiro na Faculdade de Direito da UERJ e nos Cursos de Mestrado e Doutorado da UGF.

na devida conta, poderiam contribuir para evitar o desuso do novo instrumento processual previsto na Constituição do Brasil.

2. *O modelo americano*

2.1. *Structural injunction*

O direito americano, por influência do inglês, conhece há séculos a *injunction*, que é remédio discricionário ligado à eqüidade e que se aplica de forma positiva ou proibitiva para a garantia de direitos não previstos na *common law* nem nas normas legais escritas (*statutory law*).[1] A eqüidade, aí, é a mesma que freqüenta o pensamento universal desde Aristóteles, a significar a possibilidade de o juiz colocar em cada caso de lacuna a norma que faria se fosse legislador.

Outra coisa, embora igualmente derivada da *equity*, é a *structural injunction*, também chamada *administrative injunction* ou *affirmative injunction*, empregada pelas cortes federais nos litígios sobre as reformas institucionais (*institutional reform litigations*), ao fito de promover o controle das instituições administrativas. A *structural injunction* é o mandado judicial que, fundado na eqüidade, estabelece normas a serem seguidas pelos outros poderes do Estado na defesa dos direitos constitucionais dos cidadãos americanos desrespeitados pelas instituições administrativas. O Prof. O. Fiss oferece sugestiva definição: "As injunções administrativas são especialmente intrometedoras (*intrusive*). Introduzem uma dimensão de supervisão e vigilância (*oversight*) ausentes dos julgamentos declaratórios ou das injunções legais (*statutory injunctions*). As decisões sobre a administração (*administrative decrees*) corporificam *standards* de conduta gerais que apenas adquirem significado na aplicação específica a aspectos particulares da conduta do impetrado, e colocam a corte no meio de relações sociais dinâmicas (*into the middle of ongoing social relationships*) que não são facilmente alteradas ou compreendidas. Como resultado, a injunção administrativa envolve o monitoramento rígido da performance do impetrado durante longos períodos de tempo."[2] A *structural injunction*, portanto, apresenta diversas características que devem ser decompostas para melhor exame: insere-se na idéia eqüidade, atua através de normas genéricas aplicáveis a instituições administrativas que violam os direitos constitucionais.

[1] Abraham, Henry J. *The Judicial Process*, Nova York, Oxford University Press, 1986, p. 14.
[2] *Apud* Altman, James M. "Implementing a Civil Rights Injunction: a Case Study of NAACP v. Brennan", *Columbia Law Review* 78:739, 1978.

A *structural injunction* surge nos Estados Unidos em conseqüência da política de defesa dos direitos humanos. No caso Brown v. Board of Education[3] a Suprema Corte havia declarado inconstitucional a segregação racial, autorizando as Cortes Federais nos Estados a implementarem as medidas necessárias à garantia dos direitos constitucionais, com base na *equity*, em caso de resistência ou de ausência de quadro normativo estadual.

As Cortes Federais passam então, a partir do início da década de 70, a estabelecer normas, consubstanciadas em *decrees*, para o funcionamento de agências estatais, especialmente escolas, prisões e hospitais de doentes mentais. As normas são extremamente detalhadas e casuísticas, de modo a permitir a plena eficácia dos direitos fundamentais e a completa regulamentação da atividade de instituição. Importam, muitas vezes, na nomeação de monitor ou de *ombudsman* para o acompanhamento da implementação das medidas administrativas. A execução dos julgados, não raro, se estende por muitos anos, sob a permanente fiscalização judicial. As Cortes podem também atualizar ou modificar os *decrees*, de forma a ajustá-los às novas situações.[4] Muito para notar que as normas estabelecidas pelas Cortes Federais são *prospectivas*, destinando-se a disciplinar a conduta dos outros poderes do Estado, e nada têm que ver com o tipo tradicional de *injunction* ou de decisão judicial que implique recomposição de interesses.[5]

A *structural injunction*, portanto, visa à reforma das instituições administrativas que ofendem os direitos constitucionais. O Judiciário não legisla *in abstracto* nem estabelece normas genéricas para o futuro, senão que determina objetivamente a conduta a ser adotada por algumas instituições, eis que se

[3] 349 U.S. 294 (1955).

[4] Para a completa explicação do conteúdo e da natureza dos *decrees*, cf. Nagel, Robert F. "Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies", *Stanford Law Review* 30:661-724, 1978; Mishkin, Paul J. "Federal Courts as State Reformers", *Washington and Lee Law Review* 35:949-76, 1978; Hanson, Roger A. "Contending Perspectives on Federal Courts Efforts to Reform State Institutions", *University of Colorado Law Review* 59:289-439, 1988; Starr, Michael G. "Accomodation and Accountability: a Strategy for Judicial Enforcement of Institutional Reform Decrees", *Alabama Law Review* 32:399-440, 1981; Fletcher, William A. "The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy", *The Yale Law Journal* 91(4):635-97, 1982; Easton, Robert E. "The Dual Role of Structural Injunction", *The Yale Law Journal* 99(8):1983-2002, 1990; Buckholz Jr., Robert E. *et alii*. "Special Project. The Remedial Process in Institucional Reform Litigation", *Columbia Law Review* 78:784-929, 1978.

[5] O Prof. Abram Chayes ("Public Law Litigation and the Burger Court", *Harvard Law Review* 96:5, 1982) estabelece as seguintes diferenças entre a *civil litigation* e a *public law litigation*, na qual se incluem os *institutional reform cases*: aquela que se desenvolve em torno dos interesses privados quanto a eventos passados, é bipolar, retrospectiva e termina com a decisão judicial, neutra e imparcial; a *public law litigation* envolve interesses difusos, visa à conduta futura do órgão público, impõe prospectivamente obrigações afirmativas, estende-se no tempo com o monitoramento do *decree* e pressupõe atitude política do juiz. O Prof. O. Fiss ("The Forms of Justice", *Harvard Law Review* 93(3):30, 1979) anota: "A função do juiz não é resolver disputas, mas dar o significado próprio aos nossos valores públicos" (*...but to give the proper meaning to our public valores*").

preocupa "com o dia-a-dia do funcionamento do governo" (*the day-to-day functioning of Government*).[6] As escolas que discriminam entre cidadãos americanos em razão da cor podem ser compelidas a abrir as suas portas a todos os que buscam a educação pública. Hospitais que tratam desumanamente os doentes ou prisões que não garantem a sobrevivência dos presos com dignidade caem igualmente sob o controle da *administrative injunction*. Em alguns casos os *decrees* são de tal forma casuísticos que chegam a estabelecer a dimensão de cada cela ou a cor com que devem ser pintadas as paredes dos hospitais.

Finalmente, a *structural injunction* tem por objetivo garantir, através das Cortes Federais, os direitos constitucionais do cidadão americano. Não se encontra entre as suas finalidades a adjudicação de direitos sociais ou econômicos a quem quer que seja, mas, apenas, a garantia dos direitos explícita ou implicitamente assegurados pela Constituição dos Estados Unidos e pelas cláusulas do *due process of law* e da *equal protection* (14ª Emenda). Por isso mesmo não é muito amplo o espectro das questões submetidas ao Judiciário Federal, concentrando-se no controle de instituições como escolas, hospitais e prisões.[7]

Vê-se, conseguintemente, que a *structural injunction* do direito americano transmigrou para o art. 5º, LXXII, da CF 88, que prevê o mandado de injunção para os casos em que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais.

2. *Quadro teórico*

O quadro teórico da *structural injunction* é confuso e contraditório, até mesmo pelo pouco tempo que houve para a discussão do tema. A doutrina firmada pela Suprema Corte não guarda muita lógica e coerência, sendo encontradiças as decisões conflitantes.[8] Os juristas e os professores também estão divididos em suas posições fundamentais. Tudo isso se justifica quando se observa que a *administrative injunction* tem cerca de duas décadas de existência. O juiz Frank M. Johnson Jr. anotou, em trabalho teórico, que a nova figura processual requer tempo para encontrar o seu leito normal, lembrando, ainda, que os problemas processuais relativos à execução de sentença, falências ou indenizações só foram equacionados depois de séculos de controvérsia.[9]

A questão ideológica assume grande relevância nesta fase inicial de teorização sobre a *structural injunction*, já que ela própria tem conotação política.[10]

[6] Johnson Jr., Frank M. "The Role of the Federal Courts in Institutional Litigation", *Alabama Raw Review* 32:272, 1981.
[7] Cf. Mishkin, *op. cit.*, p. 971; Nagel, *op. cit.*, p. 666.
[8] Cf. "Supreme Court — Leading Cases", *Harvard Law Review* 104(1):296, 1990.
[9] *Op. cit.*, p. 274.
[10] Cf. A. Chayes, *op. cit.*, p. 4: "As cortes se lançam inevitavelmente num papel afirmativo, político e ativista, que contrasta com a arbitragem passiva que estamos acostumados a esperar."

Pode-se dizer que a maior parte da doutrina é favorável à medida, embora haja vozes muito nítidas em seu desfavor. Autores do porte de Perry,[11] Chayes[12], Fiss[13] e Dworkin[14] vêm se manifestando em prol do controle judicial das instituições administrativas. Juristas não menos importantes como Nagel[15] e Mishkin,[16] e o *Chief Justice* Rehnquist[17] colocam-se em posição crítica. A controvérsia, afinal, representa a mera projeção para o campo da *structural injunction* dos posicionamentos antagônicos presentes na filosofia do direito constitucional. Com efeito, observa-se no plano geral do pensamento jurídico o debate entre conservadores e liberais (no sentido americano do termo), aqueles a defender a rígida separação de poderes e estes a reclamar a maior ingerência do Judiciário em defesa dos direitos dos pobres. Acirrada também é a polêmica, no campo da interpretação constitucional, entre *interpretivists* e *noninterpretivists*, em que aqueles procuram a compreensão das normas constitucionais segundo a vontade histórica dos autores da Constituição e os outros buscam o sentido hodierno do texto fundamental.[18] Essa divisão entre conservadores e liberais, *interpretivists* e *noninterpretivists* se projeta sobre algumas questões angulares da *structural injunction*, que passamos a examinar: a separação de poderes, o federalismo, a eqüidade, a natureza e a extensão dos direitos constitucionais, o interesse de terceiros e a própria eficácia dos *decrees*.

A separação de poderes está no cerne das discussões. Os conservadores se apegam ao conceito desenvolvido pelos *Framers* e querem a separação rígida entre os poderes do Estado; Nagel, por exemplo, insiste em distinguir entre a separação horizontal e vertical e advoga a concepção "hidráulica", em que os poderes se ajustam magicamente.[19] Parece vitoriosa, entretanto, a tese contrária, que aponta para a maior cooperação entre os poderes e para o permanente ajustamento entre os limites de sua ação, aparecendo o juiz como *social engineer*.[20]

O federalismo é outro ponto sensível. Os conservadores defendem a concepção dualista e a rígida obediência à 10ª e à 11ª Emendas, que limitam

[11] *The Constitution, the Courts, and Human Hights*, New Haven, Yale University Press, 1982, p. 148.
[12] *Op. cit.*, p. 4 e segs.
[13] "Forms of Justice", cit., p. 28.
[14] *A Matter of Principle*. Cambridge, Harvard University Press, 1985, p. 305.
[15] *Op. cit.*, p. 662.
[16] *Op. cit.*, p. 962.
[17] Cf. voto divergente em Bell *v.* Wolfish, 441 U.S. 520, 1979.
[18] Para a controvérsia entre *interpretivists* e *noninterpretivistis:* R. Dworkin, *A Matter of Principle*, cit., p. 34; Pritchett. C. Herman. *Constitutional Civil Liberties*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1984, p. 334; Ely, John Hart. *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 1.
[19] *Op. cit.*, p. 689: "Este é o modelo hidráulico (*hydraulic model*): a natureza fluídica e os objetivos de cada ramo de funções expandem-se para se adaptar às circunstâncias até alcançar o limite colocado por outro ramo de funções, com o qual compete."
[20] M. Starr, *op. cit.*, p. 439.

a interferência das Cortes Federais sobre os poderes dos estados-membros.[21] Os liberais, entretanto, aceitam a ampla competência federal para a garantia dos direitos fundamentais proclamados na Constituição de 1787 e nas suas Emendas; a própria Suprema Corte já declarou que a imunidade prevista na 10ª Emenda perde a sua força diante dos direitos garantidos pela 14ª Emenda (*due process of law, immunity and privileges, equal protection*).[22] Reconhece-se, por conseguinte, o novo equilíbrio no federalismo, com a preeminência das Cortes Federais na edição de normas afirmativas para a conduta do Executivo e do Legislativo dos Estados.

A eqüidade, que abre às Cortes Federais a competência sobre os estados, é outro assunto polêmico. A Suprema Corte, no segundo caso Brown v. Board of Education,[23] atribuiu *practical flexibility* à eqüidade, para "facilitar o ajustamento e a reconciliação dos interesses públicos e privados". Em inúmeros outros julgados a *equity* aparece ligada às noções de *fairness* (justiça ou regra do jogo) e de *reasonableness* (razoabilidade),[24] com o que se dilarga extraordinariamente a discricionariedade dos tribunais inferiores.

Não menos controvertido é o conceito de direitos constitucionais, objeto do controle do Judiciário federal. Os conservadores procuram restringir-lhes o alcance, limitando-os ao catálogo dos direitos individuais imunes às constrições estatais; o juiz Rehnquist,[25] da Suprema Corte, chegou a declarar que não encontrava na Constituição o princípio de que nas prisões deveria haver uma cela para cada prisioneiro (*one man, one cell*), como reconheceram as instâncias inferiores; Mishkin[26] se recusou a ver dimensão constitucional no "direito ao tratamento" (*right to treatment*) assegurado judicialmente.[27] De outro lado a Suprema Corte e a maior parte da doutrina passaram a estender a noção de "direitos constitucionais" a todos aqueles indispensáveis à sobrevivência, com um mínimo de dignidade, dos pobres, dos doentes mentais e dos presos;[28] embora sejam acordes em não reconhecer direito constitucional a serviços públicos,[29] subsumiram no conceito de *constitutional rights* os direitos ao tratamento

[21] Cf. Mishkin, *op. cit.*, p. 952.

[22] Milliken v. Bradley, 433 US 267 (1977): "Nenhuma lei estadual está acima da Constituição. As normas sobre os distritos escolares não são sacrossantas (*sacrosanct*) e se conflitarem com a 14ª Emenda podem as cortes federais prescrever os remédios apropriados".

[23] 249 U.S. 294, 1955.

[24] Cf. R. E. Buckholz Jr., *op. cit.*, p. 861.

[25] Bell v. Wolfisch, 441 U.S. 520 (1979).

[26] *Op. cit.*, p. 956.

[27] Wyatt v. Stickney, 325 F. Supp. 781 (M. D. Ala. 197). Para a discussão do caso, com a defesa da solução judicial, v. Drake, Jack. "Judicial Implementation and Wyatt v. Stickney", *Alabama Law Review* 32:299-312, 1981.

[28] Cf. M. Staar, *op. cit.*, p. 406, Frank M. Johnson Jr., *op. cit.*, p. 272.

[29] Tribe, Laurence. *American Constitutional Law*, Nova York, The Foundation Press, 1978, p. 314 diz que a Suprema Corte não considera "basic governamental services as constitutional rights of individuals". Cf. também Hirschhorn, James M. "Where the Money is: Remedies to Finance Compliance with Strict Structural Injunctions", *Michigan Law Review* 82:1877, 1984.

médico àqueles que se encontrem sob a tutela do Estado, à integridade física e mental dos presos, ao ingresso na escola pública, posto que em todos eles penetram os valores fundamentais, a igualdade, a não-discriminação e a moralidade, princípios de inequívoca derivação constitucional.[30]

Matéria muito debatida também é a do interesse de terceiros, atingido pelos *decrees*. Os conservadores chegam a dizer, como o juiz Kennedy, da Suprema Corte, em voto divergente, que o Judiciário só deve resolver conflitos entre partes, pois, não sendo eleito, está insulado da comunicação com o público.[31] Mas a doutrina vitoriosa chama a atenção para o novo relacionamento entre o público e o privado, para a emergência dos direitos difusos e para a inevitabilidade do prejuízo de terceiros com a garantia dos direitos das camadas mais pobres da população,[32] desde que excetuada a criação de tributos na via judicial.

Desentendem-se ainda conservadores e liberais em torno da eficácia da *structural injunction*. Dizem aqueles que a dificuldade na implementação das medidas administrativas, o interesse dos advogados pelos seus honorários e a resistência dos poderes estaduais mostram a ineficácia dos *decrees*, que têm causado prejuízos à normalidade democrática, impedindo que os direitos individuais se afirmem pelas vias tradicionais.[33] Os adeptos da *institutional reform litigation* indicam inúmeros casos de sucesso na garantia dos direitos constitucionais, com a diminuição das condições desumanas nas prisões e hospitais e com a integração racial.[34]

2.3. A legalidade financeira

O cumprimento da injunção envolve sempre, direta ou indiretamente, dinheiro público. A ordem para pintar as paredes de determinado hospital, para ampliar as celas, para fornecer remédios, para aumentar o número de médicos nos hospitais, para melhorar a alimentação de prisioneiros e pacientes, etc. implica elevados gastos públicos.

A *structural injunction*, portanto, depende da existência de previsão orçamentária para que possa ser cumprida no quadro estreito da legalidade financeira. Havendo verbas no orçamento e organização administrativa para o cumprimento do *decree*, a sua implementação dependerá apenas de medidas com-

30 Cf. M. J. Perry, *op. cit.*, p. 100.
31 Missouri v. Jenkin, 110 S. Ct. 1671 (1990).
32 Cf. M. Starr, *op. cit.*, p. 406.
33 Cf. Nagel, *op. cit.*, p. 713.
34 J. Drake, *op. cit.*, p. 312, diz que com a decisão do caso Wyatt v. Stickney melhoraram sensivelmente as "horrifying conditions" dos hospitais; cf. também Frank M. Johnson Jr., *op. cit.*, p. 277.

plementares que, embora representem um novo equilíbrio entre os poderes do Estado, não chegam a comprometer o princípio da legalidade da despesa pública. Muitas vezes o cumprimento da ordem é precedido de prévio entendimento entre o juiz e as autoridades administrativas. Ocorre também, freqüentemente, a alocação de recursos federais para a garantia dos direitos fundamentais.[35]

Problema de difícil solução, entretanto, surge quando inexiste dotação orçamentária suficiente ou quando se torna necessária a criação de tributos. A *structural injunction*, aí, pode resvalar para a ilegalidade orçamentária ou tributária, como passamos a examinar.

2.4. Legalidade orçamentária

A jurisprudência americana vem admitindo que pela injunção afirmativa se modifiquem as dotações orçamentárias e se realoquem recursos para a defesa dos direitos constitucionais. Se o orçamento global (*total budget*) suporta a despesa, pode o juiz determinar as suplementações de verbas e a realocação de numerário para atender à despesa.[36] A Suprema Corte, em Milliken v. Bradley,[37] declarou que os poderes das Cortes Federais nos casos de segregação compreendem a autoridade para ordenar programas e remédios para corrigir as violações da 14ª Emenda, inclusive a alocação de recursos para o pagamento do plano. É bem verdade que a manipulação do orçamento pelo Judiciário às vezes desestrutura os programas governamentais, como sucedeu no Estado do Alabama, em que a Corte alocou para determinado presídio a verba de US$ 28 milhões, sem considerar que o orçamento reservava para todo o sistema penitenciário a quantia de US$ 22 milhões.[38]

De qualquer forma, essa orientação jurisprudencial não é tranqüila, eis que em inúmeras oportunidades os juízes cassaram a ordem quando alertados para a inexistência de verbas.[39]

Sem embargo de reconhecer que as injunções afirmativas tiveram o mérito de antecipar e inspirar as medidas do Legislativo para o preenchimento das omissões normativas e as redefinições orçamentárias, a maior parte da doutrina, mesmo aquela que em princípio defende a *administrative injunction*, vem condenando as alterações judiciais do orçamento. Alega que a realocação de verbas fere os princípios da separação de poderes, do federalismo e da legalidade orçamentária. Sugerem alguns autores que a garantia dos direitos consti-

[35] Cf. J. Hirschhorn, *op. cit.*, p. 1.815 e seg.
[36] Cf. R. Hanson, *op. cit.*, p. 290.
[37] 433 U.S. 289 (1977).
[38] Cf. Perry, *op. cit.*, p. 158.
[39] Cf. Hischhrorn, *op. cit.*, p. 1.839.

tucionais se exerça através de ordens ao Legislativo para as novas previsões anuais ou de prévia fixação de responsabilidade do Estado, para a ulterior reserva orçamentária.[40]

4.5. Legalidade Tributária

E se o orçamento global não contiver a previsão da despesa nem suportar a realocação de verbas? Pode o Judiciário criar o tributo necessário à defesa dos direitos constitucionais? A matéria é deveras polêmica no direito americano.

A Suprema Corte proferiu diversos julgados, especialmente no século passado, nos quais rejeitava a possibilidade de criação de tributos na esfera judicial para atender a despesas governamentais. Em apenas duas circunstâncias admitia-se a interferência das Cortes Federais sobre as finanças dos Estados: negativamente, no controle da constitucionalidade da lei, quando o imposto fosse opressivo, discriminatório ou violador das cláusulas do comércio ou do *due process of law*; positiva e retrospectivamente, no caso de necessidade de criação de fundo para o pagamento de obrigações fixadas em sentença transitada em julgado.[41]

A modificação da jurisprudência veio em 1964, com o caso Griffin v. County School Board,[42] no bojo das discussões sobre a discriminação racial nas escolas. A Suprema Corte reconheceu a competência para que as Cortes Federais determinassem ao Legislativo estadual a criação do imposto necessário à integração racial, embora excluísse a possibilidade de instituição do tributo na vida judicial.

Caso muito discutido também, na década de 80, foi Liddel v. Missouri,[43] em que o Tribunal de Apelação, invocando o precedente de Griffin v. County School Board, confirmou que os poderes eqüitativos das cortes distritais incluem o de ordenar o aumento do imposto predial, "após a exploração de cada uma das outras alternativas fiscais" (*after exploration of every other fiscal alternative*). Certa parcela da doutrina recusou-se a ver a similitude com o preceden-

[40] Cf. Nagel, *op. cit.*, p. 721; Wolohojian, G. R. "Judicial Taxation in Desagregation Cases", *Columbia Law Review* 89:343, 1989; Citron, Rodger. "(Un) Lucky v. Miller: The Case for a Structural Injunction to Improve Indigent Defense Services", *The Yale Law Journal* 101(2):496, 1991.

[41] Para o completo exame dos julgados da Suprema Corte, cf. Hirschhorn, *op. cit.*, p. 1.856; G. R. Wolohojian, *op. cit.*, p. 340; A. R. Nagel, *op. cit.*, p. 675.

[42] 377 U.S. 218.

[43] Foram inúmeros os *decrees* em Liddel v. Missouri, com recursos para o *Eight Circuit* em sete ocasiões. — Cf. Shaver, Daniel P. "Liddel v. Missouri: Financing the Ancillary Costs of Public School Desagregation Trough a Court-Ordered Tax Increase", *Washington and Lee Law Review* 42:271, 1985.

te, pois enquanto no caso Griffin v. County School Board a Suprema Corte reconhecera a legitimidade da recomendação para que o Legislativo criasse o tributo, em Liddel v. Missouri admitiu-se a competência judicial para instituir tributos, embora como última alternativa.[44]

O mais polêmico de todos os casos, porém, foi Jenkins v. Missouri. Desde 1967 o eleitorado vinha se negando a aumentar o imposto predial, que fornecia o suporte financeiro à educação pública, que tivera sensivelmente aumentados os seus gastos com a política anti-segregação. Em 1987 o juiz Russel Clark determinou, em processo iniciado em 1977, o aumento do *property tax* e a sobretaxa de 1,5 no imposto de renda estadual sobre os negócios e as pessoas domiciliadas no distrito, para o financiamento das escolas situadas no Kansas City Missouri School District. Apoiou-se na eqüidade e recorreu à decisão do caso Liddel v. Missouri, declarando que entre os poderes eqüitativos da Corte estava "o de determinar o aumento de imposto e a emissão de títulos (*"the power to order tax increases and bond issuances"*). Fixou a decisão: "o aumento de 1,5% como sobretaxa do imposto de renda do Estado de Missouri sobre os residentes e não residentes do Kansas City Missouri School District, incluídas associações comerciais, sociedades e corporações que recebem salários, honorários, comissões e qualquer compensação ou renda sujeita ao imposto de renda do Estado de Missouri... O Estado, através do seu Departamento de Renda, deverá arrecadar o imposto majorado e repassá-lo ao Kansas City Missouri School District".[45] A decisão do juiz Clark, pela novidade e pelo conteúdo, foi objeto de severa crítica por parte dos juristas americanos, que nela identificavam uma indevida intromissão na competência exclusiva do Legislativo.[46] O Tribunal de Apelação reformou em parte a decisão, excluindo o aumento do imposto de renda, mas manteve o do imposto predial, que, entretanto, deveria, nos exercícios seguintes, ter a sua criação recomendada ao Legislativo e não adotada diretamente pelo Judiciário; prevaleceu o argumento de que a majoração do imposto de renda implicava a invasão da competência do Legislativo, pois reestruturava o esquema de financiamento da educação e criava "uma forma inteiramente nova de competência tributária".[47] A Suprema Corte entendeu, por unanimidade, que realmente a ordem da corte distrital para o aumento do imposto predial constituiria um abuso de discricionariedade; mas declarou, por 5x4, que a decisão proferida em grau de recurso, subordinando a criação do tributo ao Legis-

[44] Cf. D. Shaver, *op. cit.*, p. 282; G. R. Wolohojian, *op. cit.*, p. 336.
[45] *Apud* Dominguez, Aldo. "An Unorthodox Usurpation of Legislative Power in Jenkins v. Missouri", *Creighton Law Review* 21:1.271, 1988.
[46] Cf. A. Dominguez, *op. cit.*, p. 1.286; G. R. Wolohojian, *op. cit.*, p. 337; Shapiro, Robert A. "The Legislative Injunction: a remedy for Unconstitutional Legislative Inaction", *The Yale Law Journal* 99(1):231, 1989.
[47] 855 F. 2d 1315 (8 th. Cir. 1988).

lativo estadual, se compatibilizava com os precedentes judiciais, pelo que não representava uma ofensa à 10ª Emenda;[48] o *Justice Kennedy*, em voto vencido, disse que "tributação não é uma função judicial" (*taxation is not a judicial function*), considerou formalismo distinguir entre a criação judicial do tributo e a injunção contra o Legislativo estadual e insistiu em que o Poder Judiciário se limite a impor obrigações àqueles que são partes no processo.[49]

A *structural injunction*, por conseguinte, fica limitada pelo princípio da legalidade tributária. *No taxation without representation.* A criação direta de imposto pelo Judiciário fere os princípios da separação de poderes, do federalismo e da intangibilidade dos direitos de terceiros,[50] além de ser improdutiva, pela inexistência de vinculação entre imposto e despesa pública.[51] Mas, a ordem para que o Legislativo edite a lei necessária à apropriação dos recursos para a garantia dos direitos humanos, com a subseqüente reformulação do orçamento, passa a ser vista como compatível com a separação de poderes e o federalismo, inserindo-se no novo contexto das relações entre o público e o privado, em que se torna inevitável o prejuízo e a responsabilidade dos mais ricos pela segurança dos direitos constitucionais dos mais pobres.

3. *A solução brasileira*

O mandado de injunção, como vimos, ingressou formalmente no art. 5º, inciso LXXI, da CF 88.

A doutrina e a jurisprudência, desde então, discutem a respeito de influência do direito americano sobre a nova figura que inopinadamente ganhou voz constitucional.

3.1. Doutrina

Alguns autores chegam a desprezar totalmente a influência americana, afirmando até que a palavra "injunção" é "um acidente vocabular".[52]

[48] 110 S. Ct. 1651 (1990).
[49] Para os comentários críticos ao julgado: "Supreme Court — Leading Cases", *Harvard Law Review* 104(1):296-308, 1990.
[50] Cf. A. Dominguez, *op. cit.*, p. 1.286; R. Nagel, *op. cit.*, p. 711.
[51] Cf. D. Shaver, *op. cit.*, p. 290.
[52] Saraiva, Paulo Lopo. "O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional", *Revista de Informação Legislativa* 108:80, 1990. Cf. também Bermudes, Sergio. "O mandado de injunção", *Revista dos Tribunais* 642:22, 1989: "De comum, só a origem romana e o étimo latino, *injunctionem*"; Cretella Júnior, *"Os writs" na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989, p. 100.

Outros fazem derivar o nosso mandado de injunção do instrumento inglês e americano da *equity*, em sua forma proibitiva (*prohibitory injunction*) ou mandatória (*mandatory injunction*),[53] que, como examinamos, é lá empregada para a defesa dos direitos privados e não adquire a dimensão pública.

Há juristas que, acertadamente, negam a derivação direta da *equity*, embora não se alonguem na busca da fonte estrangeira.[54]

O mandado que diretamente influenciou a CF 88, que é a *structural* ou *afirmative injunction*, não o examina a doutrina, a não ser incidentalmente.[55]

A conseqüência mais grave desse posicionamento foi que o nosso mandado de injunção se espraiou para regiões bem afastadas do núcleo dos direitos constitucionais. Deixou de ser instrumento de garantia dos direitos da liberdade enumerados no art. 5º, onde topograficamente aparece (inciso LXXI), e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (arts. 12 a 17), que estão indissoluvelmente ligadas àqueles direitos da liberdade, para assegurar também os direitos sociais e até os econômicos.[56] Mas estes direitos, que vivem sob a "reserva do possível",[57] subordinados à concessão do legislador e à previsão orçamentária, não poderiam ser adjudicados de acordo com normas estabelecidas pelo juiz. Claro que a tentativa de extensão da garantia aos direitos sociais e econômicos em um país pobre, com seríssimos problemas financeiros, levaria, como levou, ao seu esvaziamento. Imagine-se o mandado de injunção a garantir os direitos econômicos de certa parcela da burguesia brasileira e do empresariado retrógrado, sempre ávidos na obtenção

[53] Cf. Silva, José Afonso da. *Mandado de injunção e "habeas data"*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 12; Tavares, Ana Lúcia de Lyra. "A Constituição brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas", *Revista de Informação Legislativa* 109:100, 1991.

[54] Whitaker da Cunha, Fernando. "A Constituição de 1988", *Arquivos do Tribunal de Alçada* 10:27, 1989; Tácito, Caio. "O direito à espera da lei", *Revista de Direito Administrativo* 181/182:44, 1990.

[55] É o caso de José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 13, que chega a se referir ao caso Brown v. Board of Education of Topeka, paradigma da *administrative injunction*.

[56] Cf. Barbosa Moreira, José Carlos. "Mandado de injunção", *Revista de Processo* 56:112, 1989, diz que o texto se refere: "a todos os direitos e a todas as liberdades que tenham fundamento direto na Constituição"; Barroso, Luís Roberto. "O mandado de injunção como novo remédio jurídico constitucional", *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro* 43:101, 1991: "Aliás, é precisamente no campo dos direitos sociais que se registram os principais precedentes de omissão legislativa, em temas como seguro-desemprego e participação nos lucros das empresas"; Paulo Lopo Saraiva, *op. cit.*, p. 78; Dantas, Ivo. *Mandado de injunção*, Rio de Janeiro, Aida, 1989, p. 70; Lopes, Mauro Ferraz. "O mandado de injunção", *Supl. Jur. DORJ* 1(3):41, 1988; Calmon de Passos, J. J. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, "habeas data" (constituição e processo)*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 113 estende o mandado de injunção a todos os direitos do Título II (arts. 5º a 17).

[57] A "reserva do possível" é tradução da expressão *Vorbehalt des Möglichen* cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha (BVerfGE 33, p. 303(33) e adotada pela doutrina germânica — cf. Isensee, Joseph. "Verfassung ohne soziale Grundrechte", *Der Staat* 19:381, 1990. Vem sendo utilizada em Portugal — Cf. Andrade, J. C. Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 201.

de estímulos fiscais e subvenções! Ou a assegurar a todos o direito à moradia e à medicina curativa, independentemente de contrapartida financeira! Ou a permitir a regulamentação e a adjudicação de direitos ao funcionalismo público! Afinal de contas, não é pelo fato de tais pretensões derivarem de algumas normas constitucionais (arts. 7º, 37, 174 e 196) que adquirem a natureza de direitos da liberdade. Lamentável, pois, que a interpretação aqui dada tenha afastado o novo mandado do seu modelo americano, que se restringe a assegurar os direitos essencialmente constitucionais, nos quais não se incluem os econômicos e os sociais.[58]

Alguns autores que se filiam à tese de que o mandado de injunção brasileiro se distancia do modelo americano inferiram ainda que a nova figura processual atribui ao juiz a competência para elaborar a norma abstrata, e não apenas para garantir a prestação estatal positiva pela construção da regra aplicável ao caso emergente.[59] É outra afirmativa que dilarga exageradamente a extensão do novo instrumento constitucional.

3.2. Jurisprudência

O Supremo Tribunal Federal praticamente inviabilizou a aplicação do mandado de injunção, afastando-se inteiramente do paradigma americano. É evidente que as posições extremadas e desencontradas da doutrina brasileira, divulgadas imediatamente após a promulgação da CF, contribuíram para a reação da nossa mais alta Corte de Justiça no sentido de restringir a aplicação da novidade processual.

Em algumas decisões o Supremo Tribunal Federal declarou que o mandado de injunção não autoriza o Judiciário a editar a norma abstrata nem a adjudicar o direito reclamado.[60]

Em inúmeros outros julgados, reconheceu o cabimento do mandado de injunção para a reivindicação de direitos sociais, econômicos ou funcionais,

[58] Há juristas que recusam a extensão do mandado de injunção aos direitos sociais e econômicos e às normas programáticas, como é o caso de Barbi, Celso Agrícola. "Proteção processual dos direitos fundamentais", *Revista Brasileira de Direito Processual* 57:27, 1988; J. J. Calmon de Passos, *op. cit.*, p. 112, depois de dizer que o mandado de injunção garante também os direitos sociais dos arts. 6º e 7º, ressalva as hipóteses em que o adimplemento: "envolve a organização prévia de determinados serviços ou a alocação específica de recursos, porque nessas circunstâncias se faz inviável a tutela, inexistentes os recursos ou o serviço".

[59] Cf. Greco Filho, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 182.

[60] MI 168, Ac. do Pleno, de 21.3.90, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *RTJ* 131/492: "O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar de imediato ato concreto de satisfação do direito reclamado"; MI 241, Rel. Min. Moreira Alves, *DJU* 10/5/90, p. 8.781.

posto que "tem *legitimatio ad causam*, em se tratando de mandado de injunção, quem pertença à categoria a que a Constituição Federal haja outorgado abstratamente um direito, cujo exercício esteja obstado por omissão com mora na regulamentação daquele".[61] Mas, casuisticamente, ou declarou "inexistir direito assegurado pela Constituição"[62] ou evitou habilmente enfrentar o mérito dos pedidos, apoiando-se em argumentos de ordem formal e recusando-se a regulamentar a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa,[63] a anistia de correção monetária,[64] a reinvestidura de notário público por falta da lei prevista no art. 236 da CF[65] e a isonomia de vencimentos de funcionários públicos.[66]

Posteriormente preferiu o STF inspirar-se no direito alemão, invocando explicitamente o exemplo do recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) previsto no art. 93, § 1º, 4, da Constituição de Bonn e na declaratória de inconstitucionalidade por omissão, para transformar o mandado de injunção em mera recomendação para que o Legislativo elabore a norma abstrata. Disse o Tribunal Pleno: "Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o art. 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta da norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão

[61] Voto do Min. Moreira Alves, reproduzido na *RTJ* 133/525.

[62] MI 269, Ac. de 5.10.90, do Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, *RTJ* 133/523: "Constitucional. Mandado de injunção. Estabilidade. Servidor público militar. CF, art. 42, § 9º. Falta de legitimação para agir. I — Militares convocados. Inexistência de direito concedido pela Constituição e cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência de norma constitucional. CF, art. 42, § 9º"; MI 281, Ac. do Pleno, de 19.10.90, Rel. Min. Célio Borja, *RTJ* 133/540.

[63] MI 111-1-RJ (Ag. Reg.), Ac. do Pleno, Rel. Min. Paulo Brossard, *RTJ* 133/60: "Impetração contra ato de demissão, objetivando a reintegração dos requerentes. Inadequação do instrumento. Direito social consagrado no art. 7º, I, da Constituição, já provisoriamente regulamentado pelo art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e que independe de nova norma regulamentar para viabilizar o seu exercício."

[64] MI 97-2, Ac. do Pleno, de 1º.2.90, Rel. Min. Sydney Sanches, *RTJ* 132/14: "Microempresa. Anistia de correção monetária (art. 47 ADCT). É impróprio o uso do mandado de injunção para o exercício do direito decorrente de norma constitucional auto-aplicável."

[65] MI 237-1-MG (Ag. Reg.), Ac. do Pleno, de 7.5.90, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJU* 8.6.90, p. 5.240.

[66] MI 77-8-DF (Ag. Reg.), Ac. do Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* 28.9.90, p. 10.222: "Impõe-se o desprovimento do agravo regimental quando o despacho atacado repousa em preceito inserido no ADCT (art. 24), assinando prazo para edição da lei. O mesmo deve ser dito quando a Constituição revela o princípio — como é o isonômico de que cogita o § 1º do art. 39 — sem. no entanto, condicioná-lo, em si, à regulamentação legal", MI 78-6-DF, Ac. do Pleno, Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJU* 10.5.91; MI 193-6-RJ, Ac. do Pleno, Rel. Min. Célio Borja, *DJU* 28.5.90, p. 4.680.

(art. 103, § 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional".[67]

Em recente caso o STF modificou novamente o seu entendimento, tornando ainda mais confusa a compreensão do mandado de injunção. No MI 232-1[68] discutia-se sobre a possibilidade de o Centro de Cultura Prof. Luiz Freire, entidade de fins filantrópicos, obter na via judicial a regulamentação do direito à isenção da contribuição social assegurada pelo art. 195, § 7º, da CF, em face de omissão legislativa. O STF, enfrentando a preliminar, deu pela legitimidade *ad causam* do requerente, sob o argumento, lançado pelo Min. Celso de Mello — que discordava do relator Min. Moreira Alves — de que a norma constitucional "instituiu, claramente, em favor das entidades beneficentes de assistência social, uma situação subjetiva de vantagem no plano jurídico". No julgamento do mérito houve também divergência de votos. Os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Célio Borja, vencidos, votaram no sentido da aplicação à espécie do art. 14 do CTN, que regulamentou a imunidade aos impostos garantida pela CF às entidades assistenciais, pois a isenção do art. 195, § 7º, configura, na realidade, uma imunidade, por ser "atributo da personalidade jurídica de certos entes", como afirmou o Min. Célio Borja. Prevaleceu, entretanto, o voto do Min. Moreira Alves, que, após observar que "no caso, em face dos votos divergentes, ou se aplica a norma do Código Tributário Nacional por estar ela em vigor, e conseqüentemente não há a omissão que dá margem ao mandado de injunção, ou se está legislando, sem que a Constituição tenha dado ao Poder Judiciário competência para legislar", votou pela fixação do prazo de 6 meses para que o Congresso Nacional adotasse as medidas legislativas, sob pena de, não o fazendo, tivesse o requerente reconhecida a imunidade, pois se trataria "de reconhecimento que não envolve atuação legislativa por parte desta Corte". Vê-se, pois, como o STF vai, aos poucos, se afastando dos pressupostos constitucionais do mandado de injunção. Embora me pareça também que a "isenção" do art. 197, § 7º, da CF, tem a natureza de imunidade em favor dos pobres, sendo, por-

[67] MI 107-3, Ac. de 23.11.89, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 133/11.

[68] MI 232-1-RJ, Ac. do Pleno, de 2.8.91, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 27.3.92: "Mandado de injunção. Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no § 7º do art. 195 da Constituição Federal. Ocorrência, no caso, em face do disposto no art. 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do art. 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida."

tanto, pré-constitucional e de eficácia meramente declaratória,[69] ainda assim a aplicação do art. 14 do CTN, como observou o Min. Moreira Alves, seria contraditória, eis que demonstraria inexistir omissão legislativa, requisito básico para a utilização do novo instrumento processual. A elaboração pelo próprio STF de norma aplicável ao caso — solução unanimemente recusada — implicaria afronta ao princípio da legalidade que prevalece no direito financeiro. Mas a verdade é que a decisão adotada também ofende o princípio da legalidade em matéria tributária ou financeira, pois, findo o prazo marcado para o Congresso Nacional, adjudicará direito sem norma geral positiva, firmando o precedente para os casos futuros; além disso, conflita com o próprio art. 5º, LXXI, da CF, pois, ao revés de estabelecer a norma, reconhece casuisticamente o direito.

Em síntese, o maior defeito da jurisprudência do STF foi o de se ter afastado do modelo americano da *structural injunction*, recusando-se a elaborar, mesmo quando desnecessária nova equação financeira, a norma aplicável a caso emergente de ofensa a direitos fundamentais e a ordenar, de imediato, a implementação e execução das medidas que estabelecesse. Suscetível de crítica, também, o reconhecimento casuístico de direito, sem a elaboração da norma, com a ofensa ao princípio da legalidade estrita prevalecente no direito tributário (art. 150, I, da CF), o que abre o perigosíssimo caminho para a criação de imposto na via judicial, como fizeram os juízes americanos inicialmente, antes de contidos pela Suprema Corte. Finalmente, a aceitação da legitimidade *ad causam* quando estiver em jogo qualquer direito previsto na Constituição, ainda que não fundamental, firma a tese de que o mandado de injunção é meio hábil para a regulamentação dos direitos sociais e econômicos, com o risco de se transformar o nosso mais alto Tribunal no desaguadouro das insatisfações populares.

Mas é forçoso reconhecer que várias conseqüências positivas exsurgem da orientação inicial do Supremo. A primeira e mais importante é que vem ele coarctando, a duras penas, a possibilidade de instalação no País do "governo de juízes", a que fatalmente chegaríamos com a transformação da sentença judicial em fonte formal do direito positivo, como tantas vezes foi pleiteado. A segunda é que tem resistido, em inúmeras oportunidades, embora nebulosa e até contraditoriamente, a empregar o mandado de injunção para o reconhecimento casuístico de direitos sociais, econômicos ou funcionais. A terceira é que, coincidentemente com a teoria da *structural injunction*, declarou que o Judiciário se restringirá a recomendar ao Legislativo a adoção das medidas cabíveis, ainda que se trate de direitos veramente constitucionais, com

[69] Cf. Torres, Ricardo Lobo. "O mínimo existencial e os direitos fundamentais" *Revista de Direito Administrativo* 177:37, 1989.

o que estará respeitado o princípio da legalidade tributária (art. 150, I) e orçamentária (art. 165 da CF). A última consiste nisso: aproximando-se do *Verfassungsbechwerde*, concluirá naturalmente que o Judiciário não pode elaborar diretamente nem determinar que o Legislativo elabore normas concessivas de direitos sociais e econômicos, máxime subvenções e incentivos fiscais e financeiros.[70]

4. *Conclusão*

Em resumo, o mandado de injunção foi açodadamente introduzido na CF 88, sem encontrar paralelo em outro texto constitucional e sem prévia experimentação na nossa realidade jurídica. Instrumento novíssimo nos Estados Unidos, onde nasceu há aproximadamente duas décadas, só nos últimos anos está encontrando tratamento coerente por parte da doutrina e da jurisprudência das Cortes Federais e da Suprema Corte. Se não nos tivéssemos envolvido "majestosamente nas roupagens do nosso nativismo constitucional",[71] como habitualmente temos feito na nossa história, poderia o mandado de injunção brasileiro, aproveitando a construção pretoriana e doutrinária da *structural injunction* e desde que se restringisse à reforma das instituições administrativas violadoras dos direitos fundamentais, sem ofensa à legalidade orçamentária e tributária, ter extraordinária importância para a garantia e o aperfeiçoamento dos direitos humanos no Brasil: as nossas escolas, hospitais públicos, asilos, creches, prisões e estabelecimentos de assistência às crianças e adolescentes bem que lucrariam com a fiscalização e a permanente intervenção do Judiciário através de normas que estabelecessem o padrão mínimo compatível com a dignidade do homem. Mas, a prevalecer a tentativa de transformá-lo em panacéia para todos os nossos males sociais, capaz de garantir a participação nos lucros das empresas ou na receita do Estado, sem a observância do princípio da legalidade financeira, é forçoso reconhecer que melhor mesmo foi inviabilizá-lo desde o nascedouro, como fez o Supremo Tribunal Federal.

[70] É unânime a doutrina alemã no reconhecer a imprestabilidade do *Verfassungsbeschwerde* quando se trate de subvenção e direitos não-fundamentais: Maunz, Theodor, *in* —, Dürig, Herzog, Scholz. *Grundgesetz. Kommentar*, München, C. H. Beck, 1991, art. 93, Rdn. 39; Detterbeck, Steffen. "Subsidiarität des Verfassungsbeschwerde nach art. 93, Abs. k, Nr. 4". *Die öffentliche Verwaltung* 43:861, 1990.

[71] Barbosa, Rui. *Impostos interestaduais*. Obras Completas, v. XXIII, 1896, tomo II, Rio de Janeiro, MEC, 1958, p. 28.