

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**MANDADO DE INJUNÇÃO: LIMITES E POSSIBILIDADES NO  
CONTROLE DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS.**

Monografia apresentada pelo acadêmico Ricardo Tadao Ynoue, ao Núcleo de Monografia, sob orientação do Professor Doutor Clèmerson Merlin Clêve, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, habilitação em Direito do Estado.

Curitiba, outubro de 2002

## TERMO DE APROVAÇÃO

### **MANDADO DE INJUNÇÃO: LIMITES E POSSIBILIDADES NO CONTROLE DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS**

Monografia apresentado na linha de pesquisa JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, habilitação em Direito do Estado, pela banca formada pelos professores

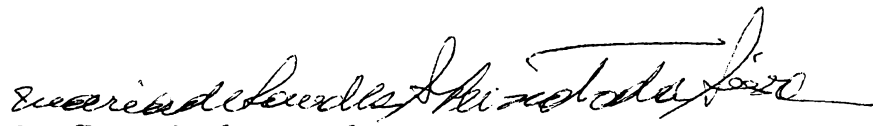
Orientador:



**Profº Drº Clémerson Merlin Clève**  
Professor Titular da UFPR



**Profª Drª Vera Karam de Chueiri**  
Professora Assistente da UFPR



**Profª Maria de Lourdes S. Peixoto**  
Professora Adjunta da UFPR

**Profº Eliseu de Moraes Correia**  
Professor Assistente da UFPR

Curitiba, 05 de novembro de 2002.

*Aos companheiros do glorioso Centro Acadêmico Hugo Simas, território da liberdade. Salve Hugo Simas!*

“O fato de a lei constitucional fornecer linhas e programas de ação à política não pode nem deve substituir a luta política”.

*José Joaquim Gomes Canotinho*

## SUMÁRIO

<b>Resumo</b> .....	v
<b>Agradecimentos</b> .....	vi
1. Introdução: contextualização do problema .....	01
2. Origem do instituto .....	04
3. Auto-aplicabilidade do art. 5.º, LXXI, da CF .....	05
4. Legitimidade e direitos tutelados .....	06
5. Conceito de omissão legislativa .....	07
6. Efeitos da sentença de procedência e o alcance do mandado de injunção .....	13
7. Conclusão .....	19
<b>Notas</b> .....	19
<b>Referências Bibliográficas</b> .....	25
<b>Índice</b> .....	28

## **Resumo**

**Título do trabalho:** Mandado de Injunção: limites e possibilidades no controle das omissões legislativas.

O estudo da omissão legislativa inconstitucional e suas formas de controle, em especial o mandado de injunção, adquirem, à luz da Constituição Federal de 1988, relevante importância, face às inúmeras normas de eficácia limitada e de aplicabilidade mediata ou indireta presentes no texto constitucional, as quais dependem de produção normativa ulterior para real efetivação e eficácia dos direitos colimados.

O presente trabalho tem por objetivo investigar a problemática da omissão legislativa inconstitucional e seu controle, à luz da Constituição de 1988, sob o enfoque da aplicabilidade das normas constitucionais.

## **Agradecimentos**

Meus sinceros agradecimentos aos professores Eliseu de **Moraes** Correa e Clèmerson Merlin Clève, sem cujos ensinamentos do **Direito** Constitucional esse trabalho seria impossível. Agradecimentos **especiais** ao amigo e co-orientador Alexandre Reis Siqueira Freire.

## **1. Introdução: contextualização do problema**

A omissão legislativa pode surgir em face de qualquer Constituição. Sempre é possível identificar quando a eficácia de determinada norma constitucional está sendo frustrada pela inércia do legislador ordinário. Contudo, o debate acerca da restrição da liberdade de conformação legislativa diante das normas constitucionais programáticas (e o reconhecimento de sua legitimidade) dependente da concepção jurídico-política dominante.<sup>1</sup> Somente com o enfraquecimento da concepção de Liberal de Estado, da teoria da constituição como garantia do *status quo* econômico e social, e o fortalecimento do Estado Social ou Providência,<sup>2</sup> do surgimento de uma *teoria da constituição constitucionalmente adequada*, na qual a Lei Fundamental é concebida como norma e medida política, instrumento de direção social, é que se passou a admitir a vinculação legislativa pelas normas constitucionais programático-dirigentes.<sup>3</sup>

Na medida em que as cartas constitucionais modernas, sobretudo com o advento do Estado Social, passaram a impor não só deveres de abstenção, como também deveres de ação aos poderes constituídos, o problema da violação à Constituição adquiriu uma segunda dimensão: o da inconstitucionalidade por omissão. Reconheceu-se que, além da dimensão negativa, o princípio da constitucionalidade apresenta uma dimensão positiva.<sup>4</sup> Porém, antes disso, passou-se por um longo caminho doutrinário.

Acreditava-se que a lei, enquanto vontade geral, seria um instrumento de paz e de transformação. A democratização do poder de decisão alcançada através da valorização política do parlamento possibilitaria o surgimento de um processo de transformação democrática por intermédio da atividade legislativa.<sup>5</sup> Tais idéias, reforçadas pelo princípio da separação dos poderes, acabaram gerando o dogma da *onipotência do legislador*<sup>6</sup> ou *totalitarismo legislativo*, graças ao qual não se admitiam

**heterovinculações** à liberdade de conformação legislativa. A Constituição, **não estaria** acima do legislativo, mas sim, à sua disposição.<sup>7</sup>

Era clássica, no direito norte-americano, a diferenciação entre **mandatory provisions** e **directoy provisions**. As primeiras, enquanto normas **constitucionais** materialmente essenciais, impunham-se como sendo de **cumprimento** inafastável. As últimas, por sua vez, eram tidas como inaptas a **vincular** o legislador.<sup>8</sup> Das doutrinas de autores como ESMEIN, HAURIUO e **MALBERG**, para os quais as normas programáticas limitavam-se a “inspirar o legislador segundo diretrizes ideológicas, mas de modo algum (eram) idôneos a obrigar os cidadãos ou órgãos estatais”<sup>9</sup>, sendo “um direito à espera de lei”<sup>10</sup>, evolui-se para o entendimento de que “*toda a Constituição é direito*, toda ela é «lei positiva» e todos os princípios nela consagrados possuem alcance jurídico e compartilham da normatividade própria da Lei fundamental”.<sup>11</sup>

Atualmente, ninguém nega a dimensão positiva do princípio da constitucionalidade. É pacífico o entendimento de que, seja em virtude de seu caráter dirigente<sup>12</sup>, ou, simplesmente, em virtude de sua supremacia,<sup>13</sup> a Constituição vincula o legislador. Não reside aí o debate.<sup>14</sup> O grande problema está no alcance desta vinculação e na criação de mecanismos processuais eficazes para controlá-la.<sup>15</sup>

É nesse contexto que se insere o mandado de injunção. Ao criá-lo, a Constituição Federal de 1988, nas palavras do constituinte Alfredo CAMPOS, buscou oferecer “resposta às inquietações suscitadas pela doutrina jurídica, em face do contínuo e constante descumprimento das Cartas Magnas brasileiras, por inexecutáveis, em decorrência de sua não implementação, desde a primeira, de 1824, até a última, de 1969”.<sup>16</sup> Afinal, a supremacia e a efetividade da Constituição não dependem apenas da correspondência de seu texto com a realidade na qual será aplicada<sup>17</sup>, muito menos da vontade de sua realização por parte dos operadores jurídicos<sup>18</sup>,

**enquanto** valores isolados, mas, igualmente, da existência de instrumentos **jurídico-processuais** capazes de garanti-la e efetivá-la.<sup>19</sup>

## 2. Origem do Instituto

Importantes autores, como é o caso de José Afonso da **SILVA**<sup>20</sup>, Diomar ACKEL FILHO, Celso Agrícola BARBI e Aricê Moacyr Amaral **SANTOS**, sustentam que a fonte inspiradora do mandado de injunção seria o *writ of injunction* norte-americano.<sup>21</sup> Todavia, como observa Celso BASTOS, acompanhado por Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, Hely Lopes **MEIRELLES**, Sérgio BERMUDEZ, entre outros, o estudo da “*injunction* do direito americano só leva à conclusão da absoluta singularidade do instituto pátrio”.<sup>22</sup>

A *injunção* norte americana, além de mais ampla que a brasileira, por ter aplicabilidade nas questões de Direito Público e Privado<sup>23</sup>, “tem conteúdo de provimento cautelar e, como se colhe no § 168 e ss. do respectivo verbete da American Jurisprudence, é rarissimamente usada contra o legislativo ou pessoa investida de competência para legislar, diante da doutrina de que uma corte de equidade não pode interferir no processo legislativo. E, mesmo nas excepcionais hipóteses em que se condescende, no particular, com o emprego da injunção, será sempre para inibir a atividade legislativa e não para supri-la”.<sup>24</sup>

Se existe alguma semelhança entre *writ of injunction* do direito norte-americano e mandado de injunção brasileiro, esta se limita à denominação e a casos extremamente raros em que aquele foi utilizado para obrigar o legislador a suprir determinada lacuna normativa.<sup>25</sup> Por isso, melhor seria se o constituinte tivesse optado por outro *nomen iuris*, mesmo porque a expressão “mandado de injunção” revela-se pleonástica (etimologicamente, a palavra “injunção” – do latim *injunctionem* – já significa ordem ou mandado).<sup>26</sup>

### **3. Auto-aplicabilidade do art. 5.º, LXXI, da CF**

Logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, **muito se** discutiu acerca da auto-aplicabilidade do dispositivo constitucional **criador** mandado de injunção.<sup>27</sup> Todavia, a questão foi pacificada pelo **Supremo** Tribunal Federal, segundo o qual o mandado de injunção, “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”.<sup>28</sup> Além disso, atualmente, o debate **simplesmente** deixou de existir, pois o parágrafo único do art. 24, da Lei **8.038/90**, determina que “no mandado de injunção e no *habeas data*, serão **observadas**, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto **não** editada legislação específica”.

#### **4. Legitimidade e Direitos Tutelados**

Grande parte da doutrina<sup>29</sup> tem sustentado que o mandado de **injunção** tutela qualquer espécie de direito constitucional, sejam direitos **individuais**, coletivos, difusos, políticos ou sociais.<sup>30</sup> O art. 5.º, LXXI, é bem **claro**: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta da norma **regulamentadora** torne inviável o exercício dos direitos e liberdades **constitucionais** [...]”. Portanto, basta a demonstração da omissão legislativa e a titularidade do direito dependente (e decorrente) da norma não **regulamentada**. Se a Constituição não diferencia, não cabe ao interprete **fazê-lo**, ainda mais quando do resultado de tal tarefa decorre uma **interpretação** mais restritiva aos direitos fundamentais.<sup>31</sup>

O mandado de injunção diferencia-se, entre outros aspectos, **da ação** direta de inconstitucionalidade por omissão, por não exigir de **legitimação** específica ou qualificada.<sup>32</sup> A legitimidade ativa pertence ao **titular** do direito constitucional cujo exercício esteja sendo frustrado pela **inércia** legislativa. Deve ser impetrado contra o órgão omissor.<sup>33</sup> Não há, **segundo** jurisprudência pacífica no STF, litisconsórcio passivo necessário **entre** o órgão responsável pela elaboração da norma e a pessoa natural ou **jurídica** que deverá sofrer as conseqüências da decisão.<sup>34</sup> É possível, **também** segundo aquela Corte, a impetração de mandado de injunção **coletivo** por organização sindical, entidade de classe ou associação **legalmente** constituída em defesa dos interesses de seus membros ou **associados**<sup>35</sup> e mandado de injunção individual na tutela de direitos **difusos**.<sup>36</sup>

## 5. Conceito de Omissão Legislativa

### 5.1 O dever de legislar e seu fundamento

Além da previsão de um órgão competente para exercê-lo, da existência de uma constituição rígida e formal, o controle de constitucionalidade das omissões legislativas tem como premissa fundamental o princípio da supremacia hierárquico-normativa da Constituição.<sup>37</sup> Somente nos sistemas em que a Constituição é considerada Lei Fundamental, *norma normarum*, norma primária de produção, fonte das fontes, resultado do exercício de um poder constituinte originário imune a qualquer outro parâmetro normativo, anterior ou superior, conformando, material e formalmente, toda a ordem jurídica, inclusive como instrumento de direção político-social, é que tal controle revela-se legítimo.<sup>38</sup>

É na supremacia da Constituição que reside a pressuposto fundamental do controle da liberdade de conformação legislativa. Por isso, a omissão legislativa não é uma simples abstenção. Sua configuração depende da existência de um dever de legislar decorrente de uma imposição constitucional concreta e determinada, implícita ou explícita, violada pelo não-fazer do legislador ordinário.<sup>39</sup> O simples dever geral de legislar não dá ensejo à configuração de uma omissão inconstitucional.<sup>40</sup>

A Constituição pode fixar os princípios básicos de um determinado instituto ou as condições mínimas para o exercício de um direito, impondo ao legislador, implícita ou explicitamente, sua implantação definitiva ou, simplesmente, atribuindo-lhe a competência para tomar a decisão política concreta a esse respeito. Somente o primeiro caso é que poderá dar ensejo à configuração de uma omissão legislativa. Nessas hipóteses, a decisão acerca da conveniência e da oportunidade já foi tomada pelo constituinte, que a impôs ao legislador infraconstitucional mediante uma *ordem de legislar*<sup>41</sup>, cabendo a este apenas executá-la.<sup>42</sup>

Além disso, segundo Jorge MIRANDA, a revogação de uma lei regulamentadora de uma norma constitucional não exequível por si mesma, torna materialmente inconstitucional o ato revogatório, sempre que este venha a restabelecer a situação inaplicabilidade do preceito constitucional regulamentado.<sup>43</sup>

A doutrina, em geral, tem negado a possibilidade de configuração de inconstitucionalidade por omissão diante de normas programáticas impositivas de deveres administrativos. Entende-se que nesses casos “o incumprimento dos fins e objectivos da constituição é também inconstitucional, mas a sua concretização depende essencialmente da luta política e dos instrumentos democráticos”.<sup>44</sup> Segundo Michel TEMER, “no caso de normas constitucionais do tipo ‘a saúde é direito de todos e dever do Estado...’ (CF, art. 196) ou ‘a educação, direito de todos e dever do Estado... (CF, art. 205) não se legitima a utilização deste instrumento constitucional. É que, no caso, o que se demanda é a construção de hospitais, escolas, contratação de médicos, professores, aquisição de aparelhagem necessária etc. Trata-se de atividade administrativa que dispensa legislação regulamentadora. Não se trata, pois, de incidência do art. 5.º, LXXI, que alude à ‘falta de **norma** regulamentadora’”.<sup>45</sup>

Tal entendimento, contudo, ainda que apropriado, deve ser tomado com uma certa cautela no sistema jurídico-constitucional brasileiro. É que, pelo princípio da legalidade, a Administração Pública tem sua atuação condicionada (e subordinada) à prévia existência de autorização legal.<sup>46</sup> Nesses casos, embora a imposição expressa dirija-se ao Poder Executivo, o Legislativo encontra-se tacitamente vinculado, sempre que sua omissão possa frustrar a atuação administrativa. Tanto é assim que, pelas mesmas razões, diante do sistema federativo de repartição de competências, ninguém duvida que quando a Constituição Federal atribui determinada competência material ou administrativa, também defere uma competência legislativa implícita (ou resultante), necessária à viabilização daquela.<sup>47</sup>

**Trata-se** de uma imposição legislativa anexa ou derivada de uma imposição **administrativa** direta, que também dá ensejo à configuração de uma **inconstitucionalidade** por omissão.

No que se refere especificamente ao mandado de injunção, o **constituinte** admitiu, ainda, a possibilidade de controle das omissões **legislativas** na regulamentação de leis infraconstitucionais. Nesses casos, **porém**, a tutela não é irrestrita. Tais omissões devem apresentar um aspecto **qualificador**: tornar inviável o pleno exercício das prerrogativas inerentes à **nacionalidade**, à soberania e à cidadania.

Com efeito, na medida em que os arts. 102, I, q, e 105, I, h, da **Constituição** Federal, ao disciplinarem a competência para o julgamento do **mandado** de injunção, fazem referência à normas regulamentares do **Presidente** da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, **do Senado** Federal, e praticamente todas as autoridades competentes para **edição** de atos normativos, não resta outra alternativa a não ser a conclusão **de** que a inércia na regulamentação de normas infraconstitucionais também **dá ensejo** à impetração de mandado de injunção.<sup>48</sup> Do contrário, ter-se-ia de **admitir** a possibilidade de decretos regulamentares autônomos, que, **independentemente** da existência de uma lei anterior, regulamentassem **diretamente** um preceito da Constituição, o que parece não se compatibilizar **com** os arts. 49, V<sup>49</sup>, 84, IV<sup>50</sup>, da Constituição Federal, e 25, I<sup>51</sup>, do Ato das **Disposições** Constitucionais Transitórias.<sup>52</sup>

Sérgio BERMUDEZ, baseado na doutrina de José Carlos BARBOSA MOREIRA, acrescenta que, “partindo dos princípios de que o **legislador**, muito menos o constituinte, não usa palavras ociosas e que, entre **duas** interpretações possíveis de um texto legal, se haverá de optar por **aquela** que, sem contrariar o sistema no qual se insere a norma, a faça **prestante**, [...] o mandado de injunção é admissível, sempre na falta da **norma** regulamentara, não apenas para assegurar o exercício de direitos e **liberdades** constitucionais, como, ainda, para dar efetividade a prerrogativas

inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mesmo quando essas prerrogativas não emanem, diretamente, da Constituição, mas sejam asseguradas em outras leis de menor hierarquia”.<sup>53</sup>

Segundo Hely Lopes MEIRELLES, não cabe no mandado de injunção a discussão prévia acerca da constitucionalidade por ação de norma em vigor.<sup>54</sup> A doutrina, entretanto, não é pacífica. Sérgio BERMUDEZ, de modo diverso, entende que nas hipóteses em que a norma regulamentadora for inconstitucional, “a situação equipara-se à ausência de norma, pela ineficácia da regra de direito à Constituição”. Por isso, a inconstitucionalidade por ação poderia perfeitamente ser conhecida antes da inconstitucionalidade por omissão.<sup>55</sup>

### *5.2 Espécies de Inconstitucionalidade por Omissão. Inconstitucionalidade por omissão parcial*

Ao lado da omissão resultante do total descumprimento do dever de legislar concretamente imposto pela norma constitucional (omissão total), existe, ainda, a inconstitucionalidade por omissão parcial.<sup>56</sup> Será parcial, a inconstitucionalidade por omissão, quando o legislador não cumpre um dever concreto de legislar nos exatos termos em que este é imposto pela norma constitucional, ou cumpre de modo imperfeito ou insatisfatório, seja porque editou norma regulamentadora que não atende plenamente o disposto na Constituição, seja porque as mudanças nas situações fático-jurídicas exigem uma atividade legislativa atualizadora.<sup>57</sup> Por isso, como observa Gilmar FERREIRA MENDES, “a afirmação de que o legislador não satisfaz determinada exigência constitucional contém, normalmente, censura ou crítica ao direito positivo”.<sup>58</sup>

A doutrina costuma apontar como inconstitucionalidade por omissão parcial as hipóteses de *exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*, nos quais o legislador desconsidera certas pessoas ou

categorias de pessoas em situação idêntica às contempladas pela norma.<sup>59</sup> Entende-se que, nesses casos, seria perfeitamente possível a impetração de mandado de injunção. Tal medida, segundo Flávia PIOVESAN, seria uma forma de economia processual, uma vez que aquele que se sentisse lesado não precisaria recorrer duas vezes ao Judiciário para obter a tutela do seu direito: uma através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (hipótese na qual a omissão parcial é reconhecida) e outra através da injunção, quando a omissão é suprida.<sup>60</sup>

Contudo, convém ressaltar que não são todas as hipóteses de concessão ou exclusão não isonômica de vantagens que dão ensejo à configuração de inconstitucionalidade por omissão (e nem, portanto, à impetração de mandado de injunção). Como a inércia legislativa não é um conceito *formal-naturalístico*, a inconstitucionalidade por omissão parcial somente se configura diante de uma ordem constitucional concreta de legislar.<sup>61</sup> Logo, somente as exclusões ou concessões não isonômicas de vantagens que, face de um dever concreto de legislar, deveriam, inequivocamente, ter contemplado a pessoa ou grupo excluído é que podem dar ensejo à caracterização da inconstitucionalidade por omissão.<sup>62</sup> O princípio da isonomia, garantia constitucional contra discriminações arbitrárias, não constitui uma norma constitucional apta a impor uma ordem concreta de legislar. Por isso, em regra, a concessão ou exclusão não isonômica de vantagens constitui inconstitucionalidade por ação, submetendo-se aos efeitos jurídicos dela decorrentes.<sup>63</sup>

Portanto, se a Constituição, por exemplo, estabelece que o Legislador Federal deverá regulamentar o repasse de verba a todos os Municípios brasileiros, haverá inconstitucionalidade por omissão na norma infraconstitucional que alcance apenas uma dada parcela desses municípios. Mas se não existisse a norma constitucional citada, não restaria configurada a inconstitucionalidade por omissão em sentido estrito, mas sim uma inconstitucionalidade por ação violadora do princípio da isonomia (dos entes federativos).

### 5.3 A questão do prazo razoável

Outro debate incidente ao tema da inconstitucionalidade por omissão está no momento de sua configuração. Se a Constituição Federal fixa o prazo dentro do qual a norma deve ser regulamentada, não há qualquer dúvida: a inconstitucionalidade por omissão somente ocorrerá após o seu decurso. O problema, porém, se agrava quando não há disposição nesse sentido.

O Tribunal Constitucional Alemão, sobretudo diante de inconstitucionalidades por omissão parcial, criou a categoria do *prazo razoável*, após o qual uma *situação ainda constitucional* poderá, diante da inércia legislativa reiterada, tornar-se-ia inconstitucional.<sup>64</sup>

Nesses casos, segundo Jorge MIRANDA, “o juízo da inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo em que deveria ser produzida a lei”. A ausência ou insuficiência da norma jamais poderá ser aferida em abstrato, devendo o órgão competente medir e interpretar o tempo decorrido, concluindo pela “omissão, sempre que, tudo ponderado, reconhecer que o legislador não só podia como devia ter emitido a norma legal, diante de determinadas circunstâncias ou situações em que se colocou ou foi colocado”.<sup>65</sup>

## **6. Efeitos da sentença de procedência e o alcance do mandado de injunção**

### *6.1 A polêmica doutrinária e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal*

Parte da doutrina sustenta que os efeitos da sentença de procedência do mandado de injunção devem ser os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.<sup>66</sup> Afinal, a supressão da omissão diretamente realizada pelo Judiciário, segundo tais autores, seria contrária ao princípio da separação dos Poderes.<sup>67</sup>

Outros, de modo diverso, entendem que o Judiciário deve suprir a omissão legislativa, criando norma aplicável ao caso concreto, segundo um juízo de equidade e uma interpretação sistemática da Constituição.<sup>68</sup> Assim, segundo Celso BASTOS,<sup>69</sup> o mandado de injunção confere “ao magistrado a possibilidade de em cada caso escolher um tipo de solução que melhor possa atender aos legítimos interesses do impetrante, sem a necessidade de transmudar-se o julgador em legislador. A solução há de ser [...] adaptada ao caso concreto, sempre muito variável porque também variável é o tipo de integração que se requer”.<sup>70</sup>

Um terceira corrente, por sua vez, sustenta que o juiz deve elaborar a norma regulamentadora faltante com eficácia para todas as situações idênticas, suprimindo a *erga omnes* a omissão do legislador. Segundo Luis Flávio GOMES, a edição da norma omitida restrita à cada caso concreto “pode violar o princípio da isonomia na medida em que necessitaria um julgado para cada caso e a multiplicidade de julgados poderia, diante de situações idênticas. De outra parte, exigir uma ação para cada caso concreto significa que o Poder Judiciário teria que julgar centenas ou milhares de causas, o que trará prejuízo à celeridade processual”.<sup>71</sup>

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Injunção n.º 107 (Rel. Min. Moreira Alves), entendeu que o “mandado de

injunção é ação outorgada a titular de direito, garantia ou prerrogativa dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentar; é ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade desta omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela 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”.<sup>72</sup> Todavia, como tal solução não era satisfatória, alguns Ministros passaram a sustentar que o mandado de injunção deve “atender de modo concreto ao pedido, para evitar uma vitória de Pirro, viabilizando, desse modo, o exercício do direito constitucionalmente previsto”.<sup>73</sup> Assim, recentemente, como lembra Hely Lopes MEIRELLES, “houve uma evolução na jurisprudência da Suprema Corte, que concedeu o mandado de injunção não apenas com o fim de reconhecer a existência da omissão, mas ainda assinado um prazo a fim de que se ultimasse o processo legislativo faltante, sob pena de, vencido o prazo sem legiferação, passar ‘a requerente a gozar da imunidade requerida nos termos do art. 195, § 7.º, da CF’ (MI n. 232-1-RJ, Rel. Min. Francisco Rezek, *RT* 732/139)”.<sup>74</sup>

## *6.2 Críticas às posições doutrinárias existentes*

A interpretação segundo a qual a sentença de procedência do mandado de injunção produz os mesmos efeitos que a da ação direta de inconstitucionalidade por omissão não deve ser aceita porque encontra sérios obstáculos lógico-sistemáticos. Adotando-a, o intérprete torna sem sentido o art. 103 da Constituição Federal.<sup>75</sup> Certamente, não pretendeu, o constituinte, de um lado, restringir a legitimidade ativa (CF, art. 103, I-VIII) na provocação do controle de constitucionalidade das omissões legislativas e, de outro, tê-la tornada irrestrita (CF, art. 5.º, LXXI). Se existe tal diferenciação quanto à legitimidade ativa do controle é porque, sem dúvida,

os efeitos dos instrumentos desse controle não são os mesmos e nem podem ser assim considerados.<sup>76</sup>

Além disso, tal interpretação, como observou Celso Agrícola BARBI, desconsidera o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, pois interpreta o mandado de injunção como “uma simples declaração do inadimplemento, uma censura política implícita, mas que não soluciona o problema daquele que, com razão e direito, bateu às portas da Justiça”.<sup>77</sup>

Por outro lado, a doutrina que defende a possibilidade de criação da norma geral com efeitos *erga omnes*, muito embora pretenda resguardar os princípios da igualdade e da tempestividade da tutela jurisdicional, também não deve ser aceita porque gera uma limitação perpétua à liberdade do legislador em dispor sobre a matéria regulamentada. Com efeito, em se tratando de uma decisão judicial, a sentença de procedência do mandado de injunção produz coisa julgada, e esta, nos termos do art. 5.º, XXXV, não pode ser afetada pela legislação futura.<sup>78</sup>

Como observa Celso BASTOS, “é inimaginável que diante de um poder constituído com a função precípua de editar leis, como é o caso do Legislativo, admita-se que, para suprir suas omissões, a solução seja a transferência do encargo de legislar para outro poder absolutamente despreparado para o exercício desse mister e já integralmente absorvido pelas funções de exercer a jurisdição. Seria a mesma coisa que diante de um juiz moroso ou de um Tribunal omissivo aplicar a solução de transferir a competência para o julgamento do caso para o Poder Legislativo”.<sup>79</sup>

A solução que melhor interpreta o instituto é a aquela segundo a qual na sentença de procedência do mandado de injunção, o Tribunal competente deve suprir concretamente a omissão legislativa, recorrendo, para tanto, aos princípios gerais, à analogia e à interpretação sistemática da Constituição. Todavia, existem determinados casos em que tal solução revela-se insatisfatória, pois a regulamentação de determinado instituto pode demandar uma técnica legislativa específica ou depender da disposição de

recursos públicos, tais como a organização de determinada atividade ou serviço público.<sup>80</sup>

### *6.3 Interpretação conforme à Constituição, colmatação direta e a solução proposta por Ignacio Villaverde Menéndez.*

Ignácio Villaverde MENÉNDEZ, Professor Titular de Direito Constitucional na Universidade de Oviedo, diante do problema da inconstitucionalidade por omissão parcial no direito espanhol, propõe solução bastante interessante.<sup>81</sup>

Segundo aquele autor, o silêncio legislativo, embora seja uma situação de fato, faz surgir uma norma inconstitucional implícita, cujo conteúdo é, precisamente, a negação do direito constitucional dependente de regulamentação. Assim, suponha-se que o legislador infraconstitucional simplesmente não tivesse editado a lei específica prevista no art. 37, VII, da CF. Tal omissão, que é uma situação de fato, tornaria inexecutável o direito de greve dos servidores públicos civis assegurado pela Constituição, fazendo surgir uma norma implícita cujo conteúdo é a negação desse mesmo direito. Em outras palavras, o legislador, omitindo-se, cria uma situação jurídica de negação do direito constitucional dependente de regulamentação, o que, em última análise, seria o mesmo que editar uma norma infraconstitucional contrária àquele direito.

No caso das omissões legislativas parciais entende, o referido autor, que seria possível a interpretação conforme o Constituição dessa norma implícita, de modo que a *exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade* fosse interpretada, não como uma restrição indevida ao direito constitucional regulamentado, mas um simples esquecimento do legislador. Assim, sem declarar a inconstitucionalidade da norma omissa, mas apenas afastando-se, dentre as diversas interpretações possíveis, aquela

que se revela inconstitucional, deve-se estender a regulamentação às hipóteses que, nos termos da Constituição, deveriam ter sido contempladas.

Ao passo que a integração analógica das lacunas jurídicas, além de ser uma imposição da interpretação sistemática (estando prevista desde 1942, no art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil), decorre do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e da eficácia direta dos direitos e garantias fundamentais,<sup>82</sup> expressamente prevista no art. 5.º, § 1.º, da CF.<sup>83</sup>

Todavia, entende a doutrina, que a “interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas”.<sup>84</sup> Assim, não sendo possível respeitar tal limite, cabe ao Judiciário apenas a declaração de inconstitucionalidade da norma interpretada, e nunca a sua correção. Portanto, a aplicação da tese defendida pelo autor analisado é, antes de tudo, dependente da superação dessa concepção tradicional acerca dos limites da interpretação conforme à Constituição.

#### *6.4 Aplicação analógica dos parágrafos do art. 64 da Constituição Federal*

O problema acerca dos efeitos da sentença de procedência do mandado de injunção, diante da omissão do texto constitucional, talvez pudesse encontrar resposta dentro da interpretação sistemática da Constituição. Como, em última análise, esse remédio constitucional insere-se dentro do problema da repartição dos poderes, uma das soluções possíveis poderia ser a aplicação analógica dos parágrafos do art. 64 da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, existindo projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional, poderia determinar a sua apreciação nos termos dos parágrafos do art. 64 da Constituição Federal, e não simplesmente comunicar a omissão legislativa. Assim, procedente o pedido e

verificada a inconstitucionalidade por omissão do órgão legislativo, o Supremo Tribunal Federal<sup>85</sup> determinará a apreciação com urgência do projeto de lei existente, sob pena de se a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem em até quarenta e cinco dias, o mesmo ser incluído na ordem do dia, sobrestando a deliberação acerca dos demais assuntos até o final da votação.

## 7. Conclusão

O debate acerca das omissões legislativas não está propriamente em sua conceituação, nem muito menos no reconhecimento da dimensão positiva do princípio da constitucionalidade, mas sim na criação de mecanismos de controle dessas omissões e, mais do que isso, no alcance desse controle. É nesse contexto que reside o debate acerca dos limites e do alcance do mandado de injunção.

O fato da Constituição não ter sido expressa quanto aos efeitos do mandado de injunção gerou um grande debate doutrinário. Das soluções apontadas pela doutrina, aquela que se revela mais adequada dentro de uma interpretação sistemática da Constituição é a que defende a possibilidade do Poder Judiciário colmatar diretamente a lacuna normativa, limitado-se, porém, ao caso concreto. Como em determinados casos a exigência de uma técnica legislativa não torna satisfatória tal solução, talvez fosse o caso de aplicar, analogicamente, os parágrafos do art. 64 da Constituição Federal.

<sup>1</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo II. Lisboa, 1996, p. 509-511.

<sup>2</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo, 1999, p. 314. Nessa época, segundo o autor, “entra em cena o Estado intervencionista e, depois, o Estado Social ou Providência (‘de bem-estar social’: *welfare state*) que é, a um tempo, um ‘Estado administrativo’ e, por isso, um ‘Estado de prestações’; em síntese, uma forma de organização estatal superadora do ‘Estado árbitro’, do ‘Estado gendarme’ ou do ‘Estado guarda-noturno’, na feliz expressão de Lassalle”.

<sup>3</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra, 1994, p. 77-158.

<sup>4</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; VITAL MOREIRA. *Fundamentos da constituição*. Coimbra, 1991, p. 263. CANOTILHO, *Constituição...*, p. 365.

<sup>5</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*. Coimbra, 1996, p. 356.

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo, 1995, p. 90. ENTERRÍA, Eduardo García de. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Madrid, 1986, p. 21 e ss.

<sup>7</sup> CANOTILHO, *Constituição...*, p. 62.

<sup>8</sup> CLÈVE, *op. cit.*, p. 318.

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, 1996, p. 202.

<sup>10</sup> TÁCITO, Caio. “O direito à espera da lei”. In: RDA 181/182:38-45.

<sup>11</sup> CANOTILHO; MOREIRA, *op. cit.*, p. 73.

<sup>12</sup> CANOTILHO, *Constituição...*, p. 365 e ss.

<sup>13</sup> MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid, 1997. Tal autor defende a tese que o controle das omissões legislativas e a vinculação do legislador deve ser legitimado “en la supremacia de la Constitución, y no en su supuesto carácter *dirigente*” (p. 5).

<sup>14</sup> Na verdade, o autor citado na última nota procura questionar o posicionamento de J.J.Gomes Canotilho.

<sup>15</sup> CANOTILHO, *Constituição...*, p. 329 e ss.

<sup>16</sup> CAMPOS, Alfredo. O mandado de injunção. In: *O Globo*, dia 21 de dezembro de 1988, p. 4. **Apud:** SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O mandado de injunção*. São Paulo, 1989, p. 15.

<sup>17</sup> LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro, 1995. Segundo este autor, uma *Constituição escrita é boa e duradoura* quando “corresponder à constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país” (p. 59). “Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar” (p. 67). “Somente o fato de existir o grito de alarme que insiste em conservá-la é uma prova evidente da sua caducidade [...]” (p. 66). Do contrário, a Constituição não passará de uma *folha de papel*. Afinal, “podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: ‘Esta árvore é uma figueira’” (p. 64).

<sup>18</sup> *Vontade de Constituição*. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre, 1991.

<sup>19</sup> CLÈVE, *op. cit.*, p. 20-21.

<sup>20</sup> Na verdade, segundo Afonso da SILVA, o *writ of injuction* estadunidense seria a fonte próxima e a *Equity* do Direito Inglês, a remota (nesta o juiz cria a regra para os casos concretos a partir da valoração dos elementos fáticos e dos princípios de justiça material). Cfr. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, 1998, p. 62 (nota 62).

<sup>21</sup> Os fundamentos da similitude seriam, basicamente, os seguintes: em primeiro lugar, a própria denominação; em segundo lugar, o fato da *injunctio* servir para “preservar direitos, funcionando com o escopo de evitar lesões (garantias)”, obrigando “a prática de ato cuja omissão implicaria violação de direito. Cuida-se de um *facere*, tal como ocorre na injunção brasileira”; e, finalmente, o fato de ambos institutos serem instrumentais de proteção aos direitos fundamentais (ACKEL FILHO, Diomar. *Writs Constitucionais*. São Paulo, 1997, p. 115 - 116).

<sup>22</sup> BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, 1998, p. 242.

<sup>23</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e “habeas data”*. São Paulo, 1998, p. 202.

<sup>24</sup> BERMUDEZ, Celso. O mandado de injunção. in: *RT* – 642, p. 22.

<sup>25</sup> Essa, aliás, é opinião quase pacífica, inclusive entre os autores que procuram negar a origem do *writ* brasileiro no direito americano. Apesar disso, é interessante que na Assembléia Constituinte apresentaram-se proposta de substituição do nome do instituto em questão para “Mandado de Garantia Constitucional” e “Mandado de Garantia Social” (SANTOS, 1989, p. 16).

<sup>26</sup> BERMUDEZ, *op. cit.*, p. 22. Alguns constituintes chegaram a propor a substituição da denominação “mandado de injunção” por “mandado de garantia social” ou “mandado de garantia constitucional”. Cfr. SANTOS, *op. cit.*, p. 16. Talvez, ao invés de criar um novo instituto, melhor teria sido se o constituinte simplesmente tivesse admitido a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra omissões legislativas, aproveitando a jurisprudência já consolidada quanto a este instituto.

<sup>27</sup> Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO entedia que o mandado de injunção, tratando-se de “uma garantia instrumental, ação especial que é, exige a previsão do procedimento a que será sujeito, em que pese a prescrição do § 2.º do art. 5.º, que prevê ‘aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais’ (*Direitos humanos fundamentais*. São Paulo, 1995, p. 277). Todavia, segundo Celso Bastos, “da mesma forma que, no passado, o mandado de segurança e a ação popular foram utilizados mesmo antes de sua disciplinação legal, também ao instituto sob exame deve ser conferido igual tratamento” (cfr. *Comentários à Constituição de 1988*, v. 2, p. 360). Flávia Piovesan sustentava que o § 2.º, do art. 5.º, da CF, ao consagrar o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, impediria qualquer interpretação no sentido da não auto-aplicabilidade do mandado de injunção (cfr. PIOVESAN, Flávia. *Proteção Constitucional contra omissões legislativas: ação direta de constitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo, 1995, p. 124-125).

<sup>28</sup> MIQO n.º 107/DF (Questão de Ordem em Mandado de Injunção). Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento dia 23/11/1989 – Tribunal Pleno. Votação unânime. DJ 21.09.90, p. 9782.

<sup>29</sup> Contudo, segundo Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, as “prerrogativas” de que trata o texto do art. 5.º, LXXI, da CF, referem-se aos direitos políticos, não oferecendo tutela aos chamados direitos sociais (Cfr. FERREIRA FILHO, *Direitos humanos ...*, p. 150). O mandado de injunção, segundo tal autor, “serve para garantir os direitos, liberdades e prerrogativas diretamente vinculados ao *status* de nacional (os do art. 5.º, cujo *caput* reconhece aos brasileiros determinados direitos fundamentais, ou que possam ser deduzidos do Cap. III do Tit. II, capítulo este relativo à nacionalidade), ao de cidadão, quer dizer, o nacional politicamente ativo que, como integrante do povo, o soberano na democracia, tem a participação no governo, como o direito de voto e a elegibilidade (são os direitos, liberdades e prerrogativas que podem ser deduzidos do Cap. IV do Tit. II - capítulo sobre os ‘Direitos políticos’” (cfr. FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional*. São Paulo, 1989, p. 276-277). A “omissão de norma

regulamentadora referente a outros campos reclama não o mandato de injunção, mas a ação direta de inconstitucionalidade por omissão” (cfr. FERREIRA FILHO, *Direitos humanos ...*, p. 151).

Tal entendimento foi duramente criticado por Luís Roberto BARROSO, segundo o qual “esta forçada interpretação literal é antes ideológica que científica, e não corresponde nem à história nem à teleologia [sic] do remédio jurídico introduzido. [...] É precisamente no campo dos direitos sociais que se registram os principais precedentes de omissão legislativa [...]. Note-se que dificilmente ocorrerá um caso de impetração de mandado de injunção para asseguramento de liberdades constitucionais, haja vista que elas se traduzem, normalmente, numa abstenção do poder público, ou seja, em hipóteses em que a omissão é o comportamento devido” (Mandado de injunção. Perfil doutrinário e evolução jurisprudencial, p. 3).

Pela aplicação analógica da lei do mandado de segurança, e por decorrência do poder geral de cautela inerente ao Poder Jurisdicional, é possível o pedido de liminar em mandado de injunção. O STF, no julgamento do MI n.º 107, entendeu, inclusive, que é possível a suspensão de processos administrativos ou judiciais, medidas ou atos administrativos, de modo que o impetrante possa vir a ser beneficiado pela norma futura. (MI 107. Rel. Min. Moreira Alves. RTJ 133:39).

<sup>30</sup> BARROSO, *Mandado de ...*, p. 3.

<sup>31</sup> A respeito, Cfr. BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo, 1996.

<sup>32</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. *Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão*. RDP 89:53.

<sup>33</sup> Como destaca Adhemar Ferreira Maciel, a hesitação inicial da doutrina em admitir a impetração do mandado de injunção por pessoas jurídicas, a exemplo do que ocorreu quando do surgimento do mandado de segurança, hoje não existe mais, de modo que poderá ser impetrado tanto pelas pessoas jurídicas, como pelos entes despersonalizados (espólio, herança jacente, etc) (MACIEL, *op. cit.*, p. 53).

<sup>34</sup> O entendimento do STF de que não há litisconsórcio passivo necessário entre o órgão regulamentador omissor e a pessoa jurídica ou natural que deverá cumprir a norma regulamentada deve-se ao fato de que aquela Corte não tem admitido a possibilidade de colmatação direta da lacuna pelo Judiciário. Portanto, se eventualmente esta última posição for modificada (o que já está ocorrendo, ainda que em casos especiais) aquela também deverá ser revista. Afinal, se a supressão da lacuna passar a ser realizada diretamente pelo Judiciário, aquele que sofrer as conseqüências dessa decisão deverá, sob pena de nulidade da sentença por violação ao princípio do devido processo legal, ser citado como litisconsorte passivo necessário na demanda.

<sup>35</sup> MIQO - 352 / RS. Rel. Min. Néri da Silveira. Tribunal Pleno. Votação por maioria. Publicado no DJ de 12.12.1997, p. 65569: “o mandado de injunção há de dirigir-se contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade que tem o dever de regulamentar a norma constitucional, não se legitimando ‘ad causam’, passivamente, em princípio, quem não estiver obrigado a editar a regulamentação respectiva” (No mesmo sentido: MI 284 / DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. do Acórdão Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Votação unânime, quanto à preliminar, e, no mérito, por maioria. Publicado no DJ de 26.06.1992, p. 10103).

AGRMI - 323 / DF. Rel. Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Votação unânime. Publicado no DJ 14.02.1994, p. 1164: não há “litisconsórcio passivo entre essas autoridades e órgãos públicos que deverão, se for o caso, elaborar a regulamentação necessária, e particulares que, em favor do impetrante do mandado de injunção, vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora, quando vier esta, em decorrência de sua elaboração, a entrar em vigor”.

MI-20 / DF. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Publicado no DJ de 22.11.1996, p. 45690: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição”.

<sup>36</sup> “Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO, DE INICIATIVA DE DEPUTADOS FEDERAIS PELO ESTADO DE SÃO PAULO, PARA QUE O SUPREMO TRIBUNAL DETERMINE, EM SENTENÇA, O NÚMERO DE REPRESENTANTES DAQUELA UNIDADE DA FEDERACAO, NA CAMARA DOS DEPUTADOS, DIANTE DO VAZIO LEGISLATIVO, DECORRENTE DE NÃO TER SIDO ELABORADA A LEI COMPLEMENTAR, PREVISTA NO ART. 45, PAR. 1., DA CONSTITUICAO.

LEGITIMIDADE ATIVA DOS IMPETRANTES, COMO CIDADÃOS, TITULARES DE PRERROGATIVAS POLÍTICO-JURÍDICAS QUE SÃO INEQUIVOCAMENTE DIFUSAS, MAS POR SUA PRÓPRIA NATUREZA. PEDIDO DEFERIDO, EM PARTE, DENTRO DOS LIMITES DE PROVISÃO CONSTITUCIONALMENTE CABÍVEL, PARA, RECONHECIDAS A OMISSÃO E A MORA APONTADAS, DAR CIÊNCIA DAS MESMAS AO CONGRESSO NACIONAL, A FIM DE QUE SUPRA A OMISSÃO” (MI-219 / DF. Relator Ministro Octavio Gallotti. Tribunal Pleno. Votação por maioria. Publicado no DJ de 19.05.1995, p. 13989). Nesses casos, sem dúvida, a decisão, embora proferida em mandado de injunção individual, terá, pela

natureza difusa do direito, eficácia *erga omnes*. Há, portanto, uma espécie de substituição processual em face de toda a coletividade.

<sup>37</sup> CLÈVE, *op. cit.*, p. 35 e ss. CANOTILHO, *Constituição...*, p. 329 e ss. MENÉNDEZ, *op. cit.*, p. 35 e ss.

<sup>38</sup> CANOTILHO; MOREIRA, *op. cit.*, p. 45. ENTERRÍA, Eduardo García. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid, 1994, p. 49-51.

<sup>39</sup> O STF entende pacificamente que a existência de um projeto de regulamentação em tramitação não supre a omissão legislativa. Cfr. MI-323 / DF: “EMENTA: - Mandado de injunção. Juros reais. Parágrafo 3. do artigo 192 da Constituição. - Esta Corte, ao julgar a ADIn. n. 04, entendeu, por maioria de votos, que o disposto no parágrafo 3. do artigo 192 da Constituição Federal não era auto-aplicável, razão por que necessitava de regulamentação. - Passados mais de cinco anos da promulgação da Constituição, sem que o Congresso Nacional haja regulamentado o referido dispositivo constitucional, e sendo certo que a simples tramitação de projetos nesse sentido não é capaz de elidir a mora legislativa, não ha dúvida de que esta, no caso, ocorre.” (Rel. Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Votação por maioria. Publicado no DJ de 09.12.1994, p. 34080).

<sup>40</sup> CANOTILHO, *Constituição...*, p. 331. MIRANDA, *op. cit.*, p. 520.

<sup>41</sup> CANOTILHO, *Direito...*, p. 1090.

<sup>42</sup> MENÉNDEZ, *op. cit.*, p. 35 e ss.

<sup>43</sup> MIRANDA, *op. cit.*, p. 522.

<sup>44</sup> CANOTILHO, *Direito...*, p. 1090.

<sup>45</sup> TEMER, Michel. “Mandado de injunção e seus limites”. in: *RDP* 98:30.

<sup>46</sup> Segundo Michel STASSINOPOULOS, a Administração Pública não pode atuar *contra legem* ou *praeter legem*, mas somente *secundum legem*. (*Traité des Actes Administratifs*. Atenas: Sirey, 1954, p. 69. *Apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo, 1999, p. 60).

<sup>47</sup> Comentando o art. 21 da Constituição Federal, observa Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA: “Nesse artigo confere-se competência à União para desempenhar certas atividades de cunho político, administrativo, econômico ou social que, por sua natureza, inserem-se na órbita do Poder Executivo, pressupondo o seu exercício a tomada de decisões governamentais e a utilização da máquina administrativa. Em alguns casos o desempenho dessas atividades e serviços pressupõe ainda a participação do Poder Legislativo, que deve autorizar previamente [...] os atos do Poder Executivo” (*Competências na Constituição de 1988*. São Paulo, 1991, p. 91).

<sup>48</sup> Cfr. PIOVESAN, *op. cit.*, p. 118-120.

<sup>49</sup> “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

<sup>50</sup> “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos *para sua fiel execução*”.

<sup>51</sup> Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I – ação normativa”.

<sup>52</sup> Segundo a doutrina, estes dispositivos evidenciam que, no ordenamento jurídico brasileiro, não cabem os chamados regulamentos autônomos. Sobre o alcance do poder regulamentar na Constituição Federal de 1988, cfr. BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*

<sup>53</sup> BERMUDES, *op. cit.*, p. 22. Calcado na tese de Barbosa Moreira, o autor sustenta que, por exemplo, uma norma de direito eleitoral que concede determinada prerrogativa, editada por lei ordinária e dependente de regulamentação, ensejaria a concessão do *writ*.

<sup>54</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 203.

<sup>55</sup> BERMUDES, *op. cit.*, p. 21.

<sup>56</sup> Ou, segundo MENÉNDEZ, *omissão do legislador e omissão da lei* (*op. cit.*, p. 40-41 e ss).

<sup>57</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo, 1998, p. 292. MIRANDA, *op. cit.*, p. 520-521.

<sup>58</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 292. “Vê-se, pois, que a declaração da inconstitucionalidade de uma omissão parcial do legislador – mesmo nesses processos especiais de controle da omissão, como o mandado de injunção e o controle abstrato da omissão, contém, implicitamente, uma afirmação sobre a inconstitucionalidade da lei” (p. 293).

<sup>59</sup> MIRANDA, *op. cit.*, p. 522.

<sup>60</sup> PIOVESAN, *op. cit.*, p. 120.

<sup>61</sup> Do contrário, a omissão parcial sequer ser concebível. Afinal, se omissão fosse o simples não atuar, jamais se poderia afirmar que ao atuar insatisfatória, incompleta ou imperfeitamente o legislador tenha permanecido inerte (CANOTILHO, *Constituição...*, p. 334-335).

<sup>62</sup> Nesses casos é possível, como observa Gilmar Ferreira Mendes, a fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e omissão, ou, simplesmente, não se admitindo a

fungibilidade, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, sob a justificativa de que do contrário agravar-se-ia a situação de inconstitucionalidade. O autor dá o seguinte exemplo: “Se o Supremo Tribunal Federal chegasse à conclusão, em processo de controle abstrato da omissão ou mesmo em processo de controle abstrato de normas – tal como ocorreu com o *Bundesverfassungsgericht*, a propósito da lei de retribuição dos funcionários públicos, em processo de *recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde)* –, de que a lei que fixa o salário mínimo não corresponde às exigências estabelecidas pelo constituinte, configurando-se, assim, típica inconstitucionalidade em virtude de omissão parcial, a *suspensão de aplicação* da lei inconstitucional – assim como sua eventual cassação – acabaria por agravar o estado de inconstitucionalidade. É que, nesse caso, não haveria lei aplicável à espécie” (*op. cit.*, p. 298). Mas, acrescentando-se, não é a criação do vazio normativo que legitima tal procedimento, e sim o próprio art. 7.º, IV, da CF (que impõe um dever concreto e expresso de legislar), uma vez que a anulação da norma infraconstitucional incompleta, transformaria uma situação parcialmente inconstitucional e uma omissão inconstitucional total.

<sup>63</sup> Portanto, nesses casos, não se pode cogitar da extensão das vantagens, mas sim apenas da declaração da inconstitucionalidade da norma discriminadora, nem, pela mesma razão, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (isso no caso de admitir tal técnica de decisão no direito brasileiro). Cfr. MI – 58 / DF: “Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO - PRETENDIDA MAJORAÇÃO DE VENCIMENTOS DEVIDOS À SERVIDOR PÚBLICO (INCRA/MIRAD) - ALTERAÇÃO DE LEI JÁ EXISTENTE - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - POSTULADO INSUSCETÍVEL DE REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA. INOCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO DE LACUNA TÉCNICA - A QUESTÃO DA EXCLUSÃO DE BENEFÍCIO COM OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - MANDADO DE INJUNÇÃO NÃO CONHECIDO.

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica - suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.

A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. Refoge ao âmbito de finalidade do mandado de injunção corrigir eventual inconstitucionalidade que infirme a validade de ato em vigor. Impõe-se refletir, no entanto, em tema de omissão parcial, sobre as possíveis soluções jurídicas que a questão da exclusão de benefício, com ofensa ao princípio da isonomia, tem sugerido no plano do direito comparado: (a) extensão dos benefícios ou vantagens às categorias ou grupos inconstitucionalmente deles excluídos; (b) supressão dos benefícios ou vantagens que foram indevidamente concedidos a terceiros; (c) reconhecimento da existência de uma situação ainda constitucional (situação constitucional imperfeita), ensejando-se ao Poder Público a edição, em tempo razoável, de lei restabeecedora do dever de integral obediência ao princípio da igualdade, sob pena de progressiva inconstitucionalização do ato estatal existente, porém insuficiente e incompleto.” (Rel. Min. Carlos Velloso. Rel. do Acórdão Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Votação por maioria. Publicado no DJ de 19.04.1991, p. 4580).

<sup>64</sup> MENÉNDEZ, *op. cit.*, p. 56. Nesses casos, segundo crítica de MENÉNDEZ, a pretexto resguardar a tripartição dos poderes, o Tribunal cria uma situação inaceitável, pois, sem o devido respaldo constitucional, além de fixar um prazo para que o legislador exerça sua competência constitucional, cria uma hipótese de lei com constitucionalidade condicionada

<sup>65</sup> MIRANDA, *op. cit.*, p. 521.

<sup>66</sup> CF, art. 103, § 2.º. “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

<sup>67</sup> Segundo Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, “o alcance do mandado de injunção é análogo ao da inconstitucionalidade por omissão. Sua concessão leva o Judiciário a dar ciência ao Poder competente da falta de norma sem a qual é inviável o exercício de direito fundamental. Não importa no estabelecimento pelo próprio órgão jurisdicional da norma regulamentadora necessária à viabilização do direito. Aliás, tal alcance está fora da sistemática constitucional brasileira, que consagra a ‘separação de poderes’, não apenas pela referência contida no art. 2.º, incluída entre os ‘princípios fundamentais’ da República, mas também por ter sido ela incluída entre no cerne imutável da Constituição. De fato, o art. 60, § 4.º, III, como anteriormente lembrado (Cap. 21), inova no Direito

brasileiro, proibindo seja objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir a ‘separação de poderes’ (FERREIRA FILHO, *Curso...*, p. 277).

<sup>68</sup> Nesse sentido: Flávia Piovesan, *op. cit.*; Luis Roberto Barroso, *op. cit.*; Marcia Garcia, *op. cit.*; Roque Antonio Carrazza, *op. cit.*; Derly Barreto e Silva, *op. cit.*; Adhemar Ferreira Maciel, *op. cit.*; Sérgio Bermudes, *op. cit.*; Diomar Ackel Filho, *op. cit.*; SILVA, *op. cit.*, p. 450.

<sup>69</sup> Celso Bastos, na última edição de seu *Curso de Direito Constitucional*, certamente influenciado por uma nova tendência no SFT, modificou sua posição doutrinária, passando a defender que: “Com relação ao mandado de injunção, sendo ele precedente, dar-se-á ciência ao órgão incumbido de elaborar a norma regulamentadora faltante, sob pena de, não a elaborando dentro do prazo estabelecido, sofrer alguma espécie de sanção, desde que esta seja possível” (BASTOS, *op. cit.* 19. ed., p. 243).

<sup>70</sup> BASTOS, *Curso...*, 11. ed., p. 221.

<sup>71</sup> GOMES, Luis Flávio. *op. cit.* No mesmo sentido, J. J. Calmon de PASSOS e Ignácio Botelho de MESQUITA.

<sup>72</sup> MI 107-3 / DF, Rel. Min. Moreira Alves. (RTJ – 103). No mesmo sentido: MI - 124 / SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence (RTJ 148:653); MI - 168-5 / RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence (RT 671/216) e MI - 362-0 / RJ, Rel. Min. Francisco Rezek (.RT 732/139).

<sup>73</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 450. É o caso, por exemplo, da opinião do Ex-Ministro Cêlio Borja.

<sup>74</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 209.

<sup>75</sup> PIOVESAN, *op. cit.*, p. 133.

<sup>76</sup> Segundo José Afonso da Silva, esta primeira tese deve ser afastada porque: “1.º) não tem sentido a existência de dois institutos com o mesmo objetivo e, no caso, de efeito duvidoso, porque o legislador não fica obrigado a legislar; 2.º) o constituinte, em várias oportunidades na elaboração constitucional, negou ao cidadão legitimidade para a ação de inconstitucionalidade, por que teria ele que fazê-lo por vias transversas? [...]” (*Curso...*, p. 451).

<sup>77</sup> BARBI, *op. cit.*, p. 9.

<sup>78</sup> Esse argumento foi levantado pelo Min. Moreira Alves no julgamento do MI-107 / DF. A respeito, cfr. MENDES, *op. cit.*, p. 289.

<sup>79</sup> BASTOS, *op. cit.*, 11. ed., p. 221.

<sup>80</sup> Em tais casos, J. J. Calmon de Passos entende que não seria possível a impetração de mandado de injunção (*Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: Constituição e processo*, p. 112-113. *Apud* MENDES, *op. cit.*, p. 287).

<sup>81</sup> Cfr. MENÉNDEZ, Ignácio Villaverde. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

<sup>82</sup> MENÉNDEZ, *op. cit.*, p. 115 e ss.

<sup>83</sup> Luiz Roberto Barroso, propondo a extinção do mandado de injunção (que, segundo ele, “tornou-se, quando não um óbice, ao menos um complicador desnecessário à realização dos direitos”), entende que se deve voltar a aplicar a regra do art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, pois “toda norma constitucional é dotada de *eficácia jurídica* e deve ser interpretada em busca de sua máxima efetividade” (“Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido – uma proposta de reformulação”. in: RTDP 17:36).

<sup>84</sup> CANOTILHO, *Direito...*, p. 229-230.

<sup>85</sup> Ou qualquer outro Tribunal, dependendo das regras de competência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes; VITAL MOREIRA. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARBI, Celso Agrícola. “Mandado de injunção”. In: *RT* (novembro de 1988): 7.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. “Mandado de injunção. Perfil doutrinário e evolução jurisprudencial.” In: *RDA* (jan./mar. de 1993).

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*: notas de doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. “Doze anos da Constituição Brasileira de 1988 (uma breve e acidentada história de sucesso)”. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. “Mandado de Injunção: o que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação”. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

BERMUDES, Sérgio. “O mandado de injunção”. in: *RT* 642.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARRAZZA, Roque Antonio. “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção”. in: *CDCCP* 3: 120.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

DOBROWOLSKI, Sílvio. “Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais.” in: *RT* (maio de 1989): 14.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GARCIA, Maria. “Os efeitos do mandado de injunção e o princípio da separação de poderes”. in: *CDCCP* 3: 80.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. “Pontos controvertidos do mandado de segurança coletivo e do mandado de injunção”. in: *RT* (março de 1989): 84.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Seleção e Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

LACERDA, Galeano. “Revisão do conceito de federação. Sistema de recursos e de ações constitucionais. Abolição do mandado de injunção”. in: *CDCCP* 3: 246.

MACIEL, Adhemar Ferreira. “Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão”. in: *RDP* 89: 43.

MEIRELES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: MacGraw-Hill, 1997.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo II: constituição e inconstitucionalidade. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção contra omissões legislativas: ação direta de constitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: RT, 1995.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O mandado de injunção*. São Paulo: RT, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA FILHO, Derly Barreto. “Destinação e utilidade do mandado de injunção”. in: *RT* 673: 42.

TÁCITO, Caio. “O direito à espera da lei”. in: *RDA* 181/182: 38.

TEMER, Michel. “Mandado de injunção e seus limites”. In: *RDP* 98: 26.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramento e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

## ÍNDICE

Resumo .....	v
Agradecimentos .....	vi
1. Introdução: contextualização do problema .....	01
2. Origem do instituto .....	04
3. Auto-aplicabilidade do art. 5.º, LXXI, da CF .....	05
4. Legitimidade e direitos tutelados .....	06
5. Conceito de omissão legislativa .....	07
5.1. O dever de legislar e seu fundamento .....	07
5.2. Espécies de Inconstitucionalidade por Omissão. Inconstitucionalidade por omissão parcial .....	10
5.3. A questão do prazo razoável .....	12
6. Efeitos da sentença de procedência e o alcance do mandado de injunção .....	13
6.1. A polêmica doutrinária e o posicionamento do STF .....	13
6.2. Críticas às posições doutrinárias existentes .....	14
6.3. Interpretação conforme à Constituição, colmatação direta e a solução proposta por Ignacio Villaverde Menéndez .....	15
6.4. Aplicação analógica dos parágrafos do art. 64 da Constituição Federal .....	17
7. Conclusão .....	19
Notas .....	19
Referências Bibliográficas .....	25
Índice .....	28