



**UNIVERSIDADE DO LEGISLATIVO BRASILEIRO**

**A OMISSÃO LEGISLATIVA E O MANDADO DE INJUNÇÃO**

**RUBSON SANTOS AMARAL**

**2005**



**UNIVERSIDADE DO LEGISLATIVO BRASILEIRO**

**RUBSO SANTOS AMARAL**

## **A OMISSÃO LEGISLATIVA E O MANDADO DE INJUNÇÃO**

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS, como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo.

Orientador: Prof. Maria Carmem Castro Souza

**2005**

## **RESUMO**

O presente artigo tem o objetivo de analisar a omissão legislativa e o nascimento do direito de peticionar o Mandado de Injunção. Irá apresentar sua origem, procedimento e sujeitos envolvidos, além de trazer os mais importantes pronunciamentos do Poder Judiciário diante do Mandado de Injunção. O artigo dará prioridade às importantes decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas em Mandado de Injunção e em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. O problema central quando se estuda o instituto do mandado de injunção está na existência de normas constitucionais não auto-aplicáveis. A monografia conclui que o não cumprimento da decisão do STF pelo legislador não enseja nenhum tipo de pena, mas o Supremo Tribunal Federal, em alguns precedentes, já se manifestou em sentido favorável a indenização em razão da inércia do legislador. Isso porque o mandado de injunção não 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. Porém, no pedido, posto que de atendimento possível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra". Com a persistência do estado de mora do Congresso Nacional, que, não obstante cientificado pelo STF, deixar de adimplir a obrigação de legislar que lhe foi imposta pelo art. 8º, § 3º, do ADCT/88, existe, desde logo, aos beneficiários dessa norma transitória a possibilidade de ajuizarem, com fundamento no direito comum, a pertinente ação de reparação econômica

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	1
2. A ORIGEM DO MANDADO DE INJUNÇÃO.....	2
2.1 Origem.....	2
2.2 Os Sujeitos .....	3
3. OMISSÃO LEGISLATIVA X MANDADO DE INJUNÇÃO .....	4
4. O PODER JUDICIÁRIO DIANTE DO MANDADO DE INJUNÇÃO.....	9
5. O MANDADO DE INJUNÇÃO E SEU PROCEDIMENTO .....	10
6. POSICIONAMENTO DO STF ACERCA DA MATÉRIA.....	13
7. CONCLUSÕES.....	17
8. REFERÊNCIAS .....	19

## 1. INTRODUÇÃO

Considerando a eficácia das normas constitucionais, pode-se distingui-las em três espécies distintas:

1) normas constitucionais de eficácia plena - aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição de 1988, produzem todos os seus efeitos essenciais ou têm plena possibilidade de produzi-los, já que o legislador constituinte criou desde logo uma normatividade suficiente para isso;

2) normas constitucionais de eficácia contida - as que podem produzir desde logo seus efeitos, mas prevêm meios que permitem manter sua eficiência dentro de certos limites; e

3) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida - as que não produzem com a simples entrada em vigor os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

O pensamento de Ivo Dantas entende que são exatamente as normas constitucionais não auto-aplicáveis que podem dar ensejo ao mandado de injunção:

é basicamente sobre este terceiro grupo de normas constitucionais consideradas, as de eficácia limitada ou reduzida, que a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, que são garantias constitucionais destinada à realização dos direitos, liberdades e prerogativas constitucionais, se dirigem (IVO DANTAS, 1989, p. 55).

Cada um dos institutos, como tenta-se demonstrar, tem suas peculiaridades, embora com um ponto em comum: a integração das lacunas legais.

Assim, no presente artigo, busca-se apontar ao menos algumas características e traços diferenciadores de ambos os institutos sob comento, enquanto a doutrina nacional tem se dedicado pouco ao estudo do mandado de injunção.

## 2. A ORIGEM DO MANDADO DE INJUNÇÃO

### 2.1 Origem

O mandado de injunção se originou no Direito inglês, tendo passado, em seguida, ao Direito norte-americano, sendo que a ETIMOLOGIA advém de "injunction", que significa uma ordem proibindo a parte de agir de um determinado modo, ou requerendo uma ação específica de outra parte. A injunção permite ao tribunal coarar lesões a uma pessoa ou grupo de pessoas, até que o problema possa de outra forma ser resolvido, ou ainda a injunção pode evitar lesões definitivamente.

A inexecução no cumprimento de uma ordem de injunção acarreta revelia. Uma vez distribuída, a injunção pode ser anulada ou cassada.

É certo que a injunção mais se assemelha ao nosso mandado de segurança, tendo suas características gerais, devendo o julgá-la tendo como parâmetro a equidade.

Buscando a origem histórica dos julgamentos por equidade, o estudo do Professor Afonso Arinos de Mello Franco fornece relevantes subsídios, demonstrando haver uma vinculação jurídico-política a inspirar o constituinte de 1988:

Ao tempo do fortalecimento da colonização da América Inglesa (Século XVII) havia em Londres, três altos Tribunais que funcionavam paralelamente: o Tribunal do Banco do Rei, o Tribunal das Causas Comuns e o Tribunal da Chancelaria. Os dois primeiros eram conhecidos como Tribunais de Justiça (aplicadores da lei) e o último como Tribunal de Equidade. Este formou-se em virtude do costume estabelecido pela remessa ao Chanceler do Rei, alta personalidade administrativa, de requerimentos ou petições solicitando ajuda ou revisão de alguma injustiça de que o signatário se considerava vítima. Essas petições aumentaram grandemente de número, com o passar do tempo, focalizando soluções de questões especiais para as quais os Tribunais de Justiça se julgavam incompetentes ou recusavam conhecer. Os Tribunais comuns não tomavam conhecimento delas porque consideravam que as espécies não se encontravam reguladas por lei, e os juizes não se achavam competentes para formular novas normas (FRANCO 1975, p. 133 e seguintes).

Trata-se, o mandado de injunção, de uma ação constitucional que autoriza o juiz a romper com a tradicional aplicação rígida de lei ao caso concreto para, de acordo com o pedido e o ordenamento jurídico, construir uma solução satisfatória, de modo a concretizar o direito constitucional do impetrante.

No ensinar de José Afonso da Silva, o mandado de injunção: "Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição" (SILVA, 1996, p. 426).

A previsão do mandado de injunção no ordenamento pátrio está insculpida na Constituição Federal, no Título II - "DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS", Capítulo I – "DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS", mais precisamente no artigo 5º, inciso LXXI, com a seguinte redação:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

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;

...

## 2.2 Os Sujeitos

Pode-se concluir, assim, que o mandado de injunção pode ter como sujeitos ativos (impetrantes), a pessoa individualmente situada, o grupo, a associação, o sindicato, enfim, todas as pessoas referidas no Capítulo I, pois o coletivo, é certo, deve prevalecer sobre o individual.

Um exemplo de hipótese de injunção está no inciso XXI do artigo 5º da C.F., segundo o qual "as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente".

Numa análise literal desse dispositivo, é possível concluir que o Poder Judiciário concederá ordem de injunção, toda vez que, em razão da falta de norma jurídica, direito ou liberdade constitucional não possa ser fruído, exercido ou aproveitado pelo impetrante. O pressuposto do mandado de injunção é, pois, a falta de regulamentação. De se concluir, ainda, que a falta de referida norma regulamentadora torne inviável ou obstaculize o exercício do direito.

A ausência de norma regulamentadora pode se originar de qualquer pessoa política, quer seja a União, os Estados ou os Municípios.

O Texto Magno nada diz a respeito de quem possui legitimidade para o mandado de injunção, o que leva a crer que qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, pública ou privada, tem o direito a impetrar referido mandado.

O Professor J. M. Othon Sidou entende que o mandado de injunção não é um direito, e sim, uma garantia de direitos:

Em termos específicos, o mandado de injunção não é um direito; é mais: é uma garantia de direitos, de natureza ativa, tanto quanto o habeas corpus, o mandado de segurança, a ação popular, aos quais se soma agora o habeas data, porque é garantia posta em mão do universo de administrados e de conhecimento atribuído a um dos órgãos do Estado, em contraposição às garantias passivas, que o indivíduo frui por efeito de autolimitação do Estado, como, por exemplo, aquela que atribui ao Poder Judiciário apreciar, sem reserva, toda lesão de direito. Genericamente, porém, o novo writ é um direito, traduzido na faculdade de agir, ou direito à ação (SIDOU, 1998, p. 272 e seguintes).

Tratando-se, o mandado de injunção, de uma ação constitucional, é ele, sem sombra de dúvidas, uma das garantias constitucionais postas à disposição de todos aqueles que têm o direito de usufruir dos direitos constitucionais.

Assim, busca-se, nesta monografia, tentar definir o mandado de injunção como sendo a ação constitucional destinada a tutelar direito individual, difuso ou coletivo, quer de pessoa física, quer de pessoa jurídica, sempre que **houver ausência** de regulamentação de direito infra-constitucional que impossibilite seu gozo.

### 3. OMISSÃO LEGISLATIVA X MANDADO DE INJUNÇÃO

Constitui-se o mandado de injunção em uma garantia constitucional, insculpida no art. 5, inc. LXXI da carta magna de 1988, no qual se lê:

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.

Traduz-se, assim, em uma:

ação constitucional, dirigida a qualquer pessoa que se considere titular de prerrogativas, liberdades e direitos, impedidos de serem devidamente exercidos em razão de uma omissão legislativa, que importe em falta de norma regulamentadora prevista pela constituição, a fim de viabilizar o pleno



gozo de determinado direito, prerrogativa ou liberdade" (PACHECO, 1990, p. 251).

Assim, pode-se dizer que o cabimento do mandado de injunção tem como pressuposto, segundo José Afonso da Silva, em primeiro lugar, "a carência de norma regulamentadora para viabilizar o exercício de direito previsto por norma constitucional"; e em segundo lugar "ser o impetrante beneficiário direto do direito impedido de se realizar face a inexistência de norma que lhe regule a contento" (Silva, 1992, p. 391).

Neste segundo requisito (ser o impetrante beneficiário direto do direito), conforme a doutrina predominante, é que se vislumbra o início do traço diferenciador entre os dois institutos sob comento.

É que o mandado de injunção destina-se ao controle *in concreto* de omissão, legitimando qualquer pessoa titular de direito carente de regulamentação para seu pleno exercício, sendo a ação de inconstitucionalidade por omissão utilizada para o controle *in abstracto* da omissão legislativa, somente podendo ser exercido pelos legitimados no art.103 da Constituição Federal de 1988:

Art. 103 - Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Alterado pela EC-000.045-2004)

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Alterado pela EC-000.045-2004)
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Alterado pela EC-000.045-2004)
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Com efeito, o mandado de injunção tem a finalidade de realizar concretamente, em favor do impetrante, o direito, a liberdade ou a prerrogativa constitucional, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício *in concreto*. Destarte, não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional.

Não é função do mandado de injunção pedir a expedição de norma regulamentadora, já que esta é finalidade da ação de inconstitucionalidade por omissão. Isto porque o mandado de injunção, caso objetivasse a expedição de norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de

complementação, "não passaria de ação de inconstitucionalidade por omissão subsidiária" (SILVA, 1992, p. 394), no que seria legitimado qualquer do povo, e portanto malferiria o mandamento constitucional de legitimidade ativa para o exercício do controle abstrato de constitucionalidade.

Assim, o conteúdo da decisão proferida em sede de mandado de injunção consiste na outorga do direito reclamado. O impetrante age na busca direta do direito constitucional em seu favor, independentemente de regulamentação, daí porque ele precisa ter interesse direto no resultado do julgamento, competindo ao juiz definir as condições para a satisfação direta do direito reclamado e determiná-la imperativamente, caso permaneça a omissão.

Faz-se mister esclarecer, portanto, que o mandado de injunção se presta para reparar lesão aos direitos fundamentais, mesmo sem ter de modo expresso a qualidade ou competência para impor condutas ao legislativo ou ao executivo, por meio da regulamentação *erga omnes* do direito ou liberdade padecedores de regulamentação.

Convém insistir em que o mandado de injunção visa obter um direito. Não se trata de determinar a qualquer órgão ou poder que elabore uma norma, já que este mister é, em nosso ordenamento jurídico, atribuído à ação de inconstitucionalidade por omissão, de iniciativa exclusiva dos legitimados no art. 103 da Carta Magna.

O Prof. Luis Roberto Barroso, ao tratar do tema, assevera que:

afigura-se fora de dúvida que a melhor inteligência do dispositivo constitucional (art. 5º, LXXI) e de seu real alcance está em ver no mandado de injunção um instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficiente e adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional, qual seja: que o Judiciário supra a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo. O objeto da decisão não é uma ordem ou recomendação para edição de uma norma. Ao contrário, o órgão jurisdicional substitui o órgão legislativo ou administrativo competentes para criar a regra, criando ele próprio, para os fins estritos e específicos do litígio que lhe cabe julgar, a norma necessária (BARROSO, 1996, p. 183).

Para o Prof. José Rubens da Costa :

o mandado de injunção é medida satisfativa de um direito constitucional fundamental. O judiciário, à falta de norma, deverá, por obrigação constitucional, viabilizar o exercício do direito carente de regulamentação, ao seu juízo e valor, consoante a hermenêutica constitucional, à luz dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito (DA COSTA, 1990, p. 428).

É que o Judiciário pode, observados certos limites, legislar para o caso concreto, adotando assim a solução que melhor atenda, nas circunstâncias examinadas, ao direito que o autor demonstrar inviabilizado pela falta de norma regulamentadora. O Tribunal vai, então criar uma norma particular, individualizada, que possibilite o exercício do direito e a fruição do benefício postergado.

Com efeito, nesse tocante, deve-se levar em consideração a regra insculpida no art. 5º § 1º da Constituição em vigor: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata". Portanto, segundo o Prof. Luis Roberto Barroso, "por este tipo de previsão constitucional, atribui-se ao Poder Judiciário, em muitos casos, uma atividade que se torna regulamentar, antes que jurisdicional" (BARROSO, 1996, p. 169).

Finalmente, cumpre ressaltar, como bem lembra Celso Agrícola Barbi, que:

a função jurisdicional tem limitações naturais na sua atividade, o que a leva a não poder satisfazer a todos os direitos que sejam reclamados. Basta que a complexidade exigida para a efetivação concreta de um direito seja tal que, na prática, o juiz não possa, ou não consiga chegar a um resultado eficaz e no tempo adequado (BARBI, 1990, p. 439).

A Constituição Brasileira criou dois mecanismos para a garantia da eficácia dos dispositivos constitucionais, quais sejam, a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Embora ambos se dirijam à falta de regulamentação de preceito constitucional, são dois institutos distintos, com procedimentos e efeitos próprios.

Em primeiro lugar, no controle de constitucionalidade por omissão, são legitimados para propor a ação todos aqueles elencados no art. 103 da Constituição Federal. Ao contrário, no mandado de injunção, qualquer pessoa que se encontra na impossibilidade de exercer " os direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania", será titular da ação.

Quanto à legitimidade passiva *ad causam*, existem entendimentos de que o legitimado passivo no mandado de injunção é o órgão, pessoa ou entidade, de natureza pública ou privada, que obstaculiza o exercício de um direito constitucional ao argumento de que inexistente norma regulamentadora. Definiu, entretanto, o Supremo Tribunal Federal, "que o mandado de injunção deve ser impetrado contra o

órgão público ou autoridade que, responsável pela regulamentação do direito constitucional plasmado em norma inexecutável por si mesma, deixou de adimplir a obrigação" (STF, MI 323-8-DF). E a ação de inconstitucionalidade se dirige à pessoa ou entidade encarregada ou competente para a elaboração da norma ausente.

Quanto à competência privativa, no controle de constitucionalidade por omissão será do Supremo Tribunal Federal. De forma distinta, no caso do mandado de injunção, a competência não é mais privativa da Corte Suprema, mas esta a exerce sob a forma de competência originária (art. 102, q), ou sob a forma de competência derivada (art. 102, II, a).

O mandado de injunção, de inspiração inglesa, foi criado pelo Constituinte enquanto um instrumento de garantia jurídico-constitucional, para que o cidadão possa reclamar a efetividade de direitos constitucionais desafiados de medidas normativas estatais. Porém o Constituinte não deixou definida a forma pela qual o Judiciário deve atuar para viabilizar o exercício de constitucional não auto-aplicável. Numerosas foram as discussões doutrinárias sobre o tema, até alcançar-se um quase consenso, no sentido de que cabe ao Judiciário, de forma imediata, suprir a lacuna existente e assim tornar viável o exercício daqueles direitos a que se refere o art. 5º, inciso LXXI. Neste caso, o Judiciário não exercerá função normativa genérica, mas aplicará o direito ao caso concreto, revelando a normatividade existente no dispositivo constitucional, e removendo possíveis obstáculos à sua efetividade. A decisão tem caráter satisfativo, visto que objetiva suprir, em situação concreta, a lacuna provocada pela não atuação por quem competia fazê-lo.

No controle de inconstitucionalidade por omissão compete ao Supremo Tribunal Federal dar "ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias" (art. 103, parágrafo 2º). A decisão é meramente declaratória.

Neste sentido nos ensina o grande constitucionalista José Afonso da Silva:

Mandado de injunção não se confunde com inconstitucionalidade por omissão. Esta visa a obter uma decisão que estimule a produção das normas (leis, etc.) necessárias a integrar a eficácia do mandamento constitucional que as requeira. O mandado de injunção visa a obter o direito em favor do impetrante, quando inexista norma regulamentadora do artigo constitucional que outorgue direitos, liberdades ou prerrogativas. O mandado de injunção não é instrumento destinado a obter a produção de

normas regulamentadoras. Para isso, existe a ação de inconstitucionalidade por omissão (GOMES, 1989, p. 40).

Assim, as decisões de mérito na ação direta de inconstitucionalidade por omissão fazem coisa julgada com efeito *erga omnes*, enquanto as proferidas em relação ao mandado de injunção geram efeitos *inter partes*. No caso de mandado de injunção coletivo, os efeitos estendem-se ao universo dos substituídos.

#### **4. O PODER JUDICIÁRIO DIANTE DO MANDADO DE INJUNÇÃO**

O Poder Judiciário, diante do mandado de injunção, tem um desafio prático de monta em suas mãos. Foi extremamente dilargado o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, tanto que o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal diz que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito".

O princípio veio atender nova realidade normativa constitucional plena de valores até então inexistentes, a exemplo dos direitos coletivos e difusos. O Estado-Juiz tem o dever de verificar se o direito existe, determinar o sentido da norma jurídica aplicável e compatibilizá-la ao fato "sub judice".

O instituto não subverteu o princípio da separação dos poderes, nem tampouco determinou uma inversão de tarefas do Legislativo no Judiciário. O ordenamento constitucional determinou esta competência ao Poder Judiciário. Face à disposição da injunção, o juiz tem o dever, uma vez atendidos os dispositivos da impetração, traduzidos em seus pressupostos, de conceder a ordem, sob pena de responsabilidade funcional.

O fato incontestável está na possibilidade atribuída ao Poder Judiciário de criar o direito, entendida esta criação, nos moldes a propiciar o pedido formulado na inicial desta ação constitucional, desde que logicamente atendidos os seus pressupostos.

Dentro desta perspectiva existe a possibilidade de que o sistema jurídico brasileiro permita a aplicação da equidade. A propósito, não é necessário cumprir rigorosamente a ordem de preferência prevista na Lei de Introdução do Código Civil (LICC), em seu artigo 4º:

"Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

Vários argumentos apontam esse entendimento. Não se trata no mandado de injunção de uma omissão de lei, mas de forma regulamentar, a lei já existe. O que obstaculiza a fruição do direito é a ausência de norma regulamentar. Isto não significa que a norma do artigo 4º da LICC não possa ser utilizada.

A Lei é um vetor importante na subsunção do mandado de injunção, mas não é o único. O importante, e também fundamental, no mandado de injunção, é a criação de uma norma individual, no caso concreto, para a realização de um direito já consagrado na Constituição. Assim, vários caminhos são possíveis, desde que todos ou alguns deles ofereçam o que já está determinado no comando constitucional

Esta possibilidade de criação do Direito foi objeto de análise de Kelsen:

A norma individual como ato no processo de produção do Direito – Trata-se de uma norma jurídica individual que descreve a decisão judicial de um caso concreto, então esta decisão – como mostrou a Teoria Pura do Direito – de modo nenhum é apenas aplicação do Direito, senão simultaneamente também criação do Direito, a continuação do processo de produção do direito que acontece no processo legislativo (ou do Costume) (KELSEN, 1986, p. 285).

## **5. O MANDADO DE INJUNÇÃO E SEU PROCEDIMENTO**

O processo, em sua fase de desenvolvimento, deixou de ser "visto como instrumento meramente técnico, para transformar-se em instrumento ético e político de atuação na justiça e de garantia de liberdade", como verberam Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (Grinover, 1986, p. 46 e 47).

O Poder Judiciário deve, no caso de conceder a tutela, ter consciência de que se trata de ação constitucional apta à efetivação do direito constitucional das pessoas. Assim, o processo não pode ser um empecilho, um caminho árduo, mas flexível para o atendimento do desiderato constitucional e do pedido do impetrante.

As partes do mandado de injunção são, de um lado, como sujeitos ativos da relação processual, impetrantes, as pessoas em geral, físicas naturais ou jurídicas, de direito privado ou público. Via reflexa, o mandado de injunção é apto à tutela do direito individual, coletivo ou difuso.

A exemplo do mandado de segurança, tudo leva a crer que será igualmente admitida a titularidade ativa a órgãos públicos despersonalizados e universalidades patrimoniais, desde que haja capacidade processual para a defesa dos interesses dos impetrantes.

Como sujeitos passivos, impetrados, o mandado de injunção terá de outro lado da lide todas as pessoas órgãos ou entidades que obstaculizem a fruição dos direitos constitucionais do impetrante, podendo, inclusive, ser empresa privada, o que é mais raro de ocorrer, já que a falta de regra regulamentadora de qualquer natureza, normalmente, é função do Estado. Pode-se citar o exemplo do entendimento do STF, segundo o qual o Mandado de Injunção pressupõe a existência de uma questão de inconstitucionalidade por omissão por parte do Poder Público.

Segundo a colenda Côrte, para que um cidadão possa entrar com Mandado de Injunção, terá que esperar primeiro que as pessoas nominadas no art. 103 da Constituição Federal de 1988 ingressem com ação de inconstitucionalidade por omissão, após isto poderá utilizar-se do Mandado de Injunção, se o Poder Público, em 30 dias, não editar a norma regulamentadora. Não tem sentido a existência de dois institutos com o mesmo objetivo; o constituinte negou em diversas passagens a legitimidade do cidadão para propor ADIN por omissão, porque faria de forma transversa, permitindo no mandado de injunção? O que acontece na verdade é que possuem finalidades diferentes as ações e não devem ser confundidas.

O objeto do mandado de injunção será sempre a criação de norma jurídica regulamentadora do direito do impetrante pelo juiz, de molde à obtenção da satisfação do pedido, que necessariamente advirá de norma constitucional ou infra-constitucional, desde que atendidos os pressupostos do artigo 5º, inciso LXXI, da Carta Magna.

Os réus, no mandado de injunção, poderão ser pessoas, entidades ou órgãos que estejam por uma ação positiva ou negativa, embaraçando a fruição do direito constitucional do impetrante não regulamentado. Talvez a utilização da expressão “réus” não seja a mais adequada, pois seriam mais parecidos com a figura de autoridade coatora.

O juiz deverá avaliar quem é o responsável direto pela omissão e, nos termos do pedido, notificar o impetrado e, posteriormente, conforme o caso concreto, os assistentes ou interessados na ação. Somente o diretamente vinculado à omissão pode ser condenado a cumprir a decisão.

A monografia pretende deixar claro, ainda, que o mandado de injunção sempre deverá ser impetrado contra a pessoa dotada de competência para promover a elaboração da norma regulamentadora tida como em falta.

No clássico conceito processual civil, a legitimidade passiva advém da circunstância de estar a parte situada como obrigada, ou seja, no pólo passivo da obrigação de direito material que se pretende fazer valer em Juízo, ou como integrante da relação jurídica a ser desconstituída ou declarada, ou ainda como titular do direito a ser declarado inexistente.

No que tange à competência, esta é determinada ao Supremo Tribunal Federal, no artigo 102, inciso I, alínea "q", da Constituição Federal:

Art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originalmente:

...

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

...

É também competente, para a apreciação do mandado de injunção, o STJ, competência essa estabelecida no artigo 105, inciso I, da alínea "h" da Magna Carta:

Art. 105 – Compete ao Supremo Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originalmente:

...

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

...

Pode-se concluir, pois, que a competência para o conhecimento e julgamento do mandado de injunção cabe, exclusivamente, ao STF e STJ, cabendo-lhes, portanto, toda a instrução processual, com a colheita de todas as provas que se fizerem necessárias para o julgamento da causa.



O Professor Michel Temer lembra que "...os Estados poderão estabelecer, nas suas constituições, a competência dos Tribunais estaduais para o julgamento do mandado de injunção contra autoridades e órgãos estaduais e municipais." TEMER, 1995, p. 202).

## **6. POSICIONAMENTO DO STF ACERCA DA MATÉRIA**

Em louvável evolução de sua jurisprudência, a Suprema Corte passou a conceder o mandado de injunção não apenas com o fim de reconhecer a omissão, mas para assinar-se um prazo a fim de que se ultimasse o processo legislativo faltante, sob pena de, vencido o prazo, passar "a requerente a gozar da imunidade requerida nos termos do art. 195, § 7º da CF"(MI 232-1-RJ, RDA 188/155)".

No julgado, a Corte entendeu que devia atender, de modo concreto, ao pedido, para evitar uma "vitória de Pirro", viabilizando, desse modo, o exercício do direito constitucionalmente previsto. Assim, acolheu o pedido, estabelecendo que a isenção da contribuição para a seguridade social, que a CF garante às entidades filantrópicas, deveria obedecer aos mesmos requisitos fixados pelo Código Tributário Nacional, quanto à imunidade relativa aos tributos, que beneficia as entidades mencionadas no § 7º do art. 195 da Carta .

Sucedeu, assim, que, não se limitando a declarar a omissão do legislador, o STF, pela sua maioria, determinou que o congresso se pronunciasse no prazo de seis meses, sob pena de ser considerada imune a entidade impetrante, enquanto os votos da minoria admitiam desde logo a isenção, fixando um critério emprestado, por analogia, do Código Tributário Nacional.

O não cumprimento da decisão do STF pelo legislador não enseja nenhum tipo de pena, mas o Supremo Tribunal Federal, em alguns precedentes, já se manifestou em sentido favorável a indenização em razão da inércia do legislador, como se extrai de trecho da decisão a Seguir reproduzida anotada por Oswaldo Luiz Palu (1999):

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; mas, no pedido, posto que de atendimento possível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra". (RTJ 131/492). Entretanto:

" ...com a persistência do estado de mora do Congresso Nacional, que, não obstante cientificado pelo STF, deixou de adimplir a obrigação de legislar que lhe foi imposta pelo art. 8º, § 3º, do ADCT/88, reconhece-se, desde logo, aos beneficiários dessa norma transitória a possibilidade de ajuizarem, com fundamento no direito comum, a pertinente ação de reparação econômica (STF-Pleno: RDA 196/230, STF: RDA 200/234).

O posicionamento do STF acima reproduzido foi alvo de abordagem por Daniel Ferreira reconhecendo, embora com ressalva, o direito à indenização:

C) OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS: claro que no caso de omissões com prazo certo e conteúdo determinado nada há a ensejar dúvidas, posto que o STF sobre isso já se manifestou, tratando do § 3º, do Art. 8º, do ADCT, quando em sede de Mandado de Injunção autorizou os ofendidos a, na forma do direito comum, procurarem a justa indenização, pela inércia reconhecida e pelo não atendimento da determinação jurisdicional de legislar.

O importante, porém, é que tanto a maioria, quanto a minoria, pelas suas conclusões, ultrapassaram a fase na qual se identificavam, quanto aos seus resultados práticos, a declaração de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, reconhecendo que este poderia ter, para a parte, efeitos concretos, sujeitos à condição e prazo - no entender da maioria - ou até imediatos - para a minoria (Helly 1996, p. 177).

Cumprir registrar, a fim de reforçar o posicionamento adotado pela Corte Suprema, artigo doutrinário publicado pelo Ministro Carlos Mário da Silva Velloso:

A diferença entre mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão está justamente nisto: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional abstrato, de competência exclusiva do STF, a matéria é versada apenas em abstrato e, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de 30 dias (CF, art. 103, § 2º). No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a constituição concede é ineficaz ou inviável em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável.

A adoção do mandado de injunção e do processo de controle abstrato da omissão tem ensejado intensas discussões na doutrina e na jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal, num primeiro momento, decidiu equiparar o mandado de injunção à ação de inconstitucionalidade por omissão, onde decide que,

Ele (o mandado de injunção) (...) ação que se propõe contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade omissos quanto à norma regulamentadora necessária à viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o art. 5º, LXXI, da Constituição, e que se destina a obter sentença que declare a ocorrência da omissão constitucional, com a

finalidade de que se dê ciência ao omissor para que o mesmo adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º, da Carta Magna) com a determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais ou administrativos, em se tratando de direito constitucional oponível ao Estado, mas cujo exercício está inviabilizado por omissão deste (STF, MI 42-5-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 7.02.90).

O Supremo Tribunal Federal foi extremamente criticado por esta decisão, por não ter explorado todas as potencialidades que o instituto do mandado de injunção oferece, tendo-lhe conferido os mesmos efeitos da ação de inconstitucionalidade por omissão. Neste sentido defende Clémerson Clève,

Aceite-se que o Constituinte foi arrojado quando instituiu o mandado de injunção. Lamenta-se, entretanto, a imperfeição técnica do dispositivo que o contempla. Este fato permitiu os desencontros que a experiência constitucional recente conheceu nesse campo: - tribunais e juizes despidos de " vontade constitucional" , inibindo as potencialidades do instituto; doutrinas temerárias propondo, implicitamente, a destruição do modelo constitucional do Estado Democrático de Direito, inequívoca conquista universal, ao oferecer aos juizes competência normativa subsidiária; e, finalmente, teses refratárias elaboradas para aniquilar a nova garantia (CLÈVE, 1995, p. 246).

Porém, aos poucos, vem ocorrendo um indiscutível avanço quanto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito desta matéria. No julgamento dos MIs 232, 283 e 284 , todos eles no ano de 1991, vieram os primeiros (e até aqui mais significativos) progressos.

No mandado de injunção 232 (Rel. Min. Moreira Alves), impetrado para viabilizar o exercício do direito constante no art. 195, parágrafo 7º, da Constituição Federal, que estabelece o seguinte: "*São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei*".

A impetrante, entidade civil de fins filantrópicos, defendia que havia esgotado o prazo fixado no art. 59, do ADCT para a deliberação, pelo Congresso, dos projetos de lei dispendo sobre a organização da Seguridade Social. O Supremo Tribunal Federal concedeu o prazo de seis meses para que o legislativo tomasse as medidas necessárias de acordo com o disposto no art. 195, parágrafo 7º, caso contrário, vencido esse prazo sem que a obrigação fosse cumprida, o impetrante passaria a gozar da imunidade requerida.

No presente caso, o Supremo proferiu uma decisão aplicável diretamente ao caso concreto, removendo o obstáculo (reserva de lei) existente à fruição dos direitos invocados.

No MI 283 (Rel.Min.Pertence) daria ao STF o segundo passo, no resgate das reais finalidades do instituto. A impetração tinha por base o disposto no § 3º do art 8º do ADCT, que concedia reparação econômica, "*na forma que dispuser a lei..., a entrar em vigor no prazo de 12 meses*", aos cidadãos impedidos de exercer suas atividades profissionais na vida civil, por força de atos arbitrários do Min.da Aeronáutica, no período ditatorial. Não editada a lei, o STF decidiu que:

vencido o prazo... legitimado (está) o beneficiário da reparação mandada conceder, a impetrar Mandado de Injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional, de exercício obstado pela omissão legislativa... Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado é a entidade estatal à qual igualmente se deva imputar a mora legislativa..., é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito". "Premissas de que resultam, na espécie, o deferimento do Mandado de Injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art 8º ...., comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável (DANTAS, 1993).

A citada decisão constituiu um avanço no sentido de que fixou um prazo, o qual não estava previsto na Constituição para Mandado de Injunção, e permitiu que o impetrante pudesse usufruir, no futuro, possíveis benefícios advindos de lei posterior à coisa julgada.

No MI 284 (Rel.Design.Min.Celso de Mello), levou-se em conta o já ocorrido com a decisão anterior (descumprimento do provimento 'mandamental', apesar de fixados prazo e cominação). Diante disso, deliberou o Tribunal que:

reconhecido o estado de mora inconstitucional..., e considerando que, embora previamente cientificado no MI 283, ... , absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se prescindível nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do direito comum, a ação de reparação instituída em seu favor pelo preceito transitório (DANTAS, 1993).

Outras decisões seguem no mesmo sentido, dentre as quais registram-se os julgamentos do MI 384, em 05.08.93 e do MI 447, em 05.05.94.

## 7. CONCLUSÕES

Com o estudo do tema objeto desta monografia, nos foi possível extrair algumas conclusões, passíveis, evidentemente, de posições e entendimentos contrários. Todavia, com o escopo de resumir as idéias principais acerca do mandado de injunção, apresentamos as seguintes conclusões:

a) primeiramente, que a Constituição Federal conferiu ao Poder Judiciário a possibilidade de criar o Direito, sob novo enfoque, ultrapassando a simples aplicação da lei ao caso concreto;

b) o pressuposto para o exercício do mandado de injunção é a falta de norma regulamentadora de qualquer espécie ou natureza;

c) qualquer direito constitucional é apto, a priori, a servir de embasamento jurídico à ação de injunção;

d) o mandado de injunção é apto à tutela de direitos individuais, difusos ou coletivos;

e) o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão não se confundem, posto que seus objetivos, seus objetos e sua operatividade são distintos;

f) O controle de constitucionalidade por omissão, face ao texto constitucional vigente, somente existe em tese, sendo privativo do Supremo Tribunal Federal, e legitimadas apenas as pessoas elencadas no art. 103 da CF/88;

g) Por intermédio de tal mecanismo, argúi-se a lacuna em tese, objetivando-se, pela comunicação ao poder ou órgão competente, sua efetivação para que legislem, expedindo *in abstracto* e *erga omnes* norma tendente a regulamentar direito ou liberdade constitucional, tolhido em sua plena eficácia face a tal omissão;

h) Entretanto, quando se tratar de uma situação concreta, de efeito *inter partes*, pretendendo-se sanar a omissão legislativa em uma situação concretamente apresentada, dá-se a figura do mandado de injunção, sendo legitimado qualquer titular de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional;

i) Por meio do mandado de injunção, face à omissão legislativa, o interessado pede ao Judiciário que legisle para o seu caso concreto, observados certos limites, sem se falar em comunicação a órgão ou poder competente a fim de que legislem e sanem a omissão, já que tal mister é privativo da ação de inconstitucionalidade por omissão;

j) Finalmente, não é demais evidenciar que, embora haja caído em desuso pela processualística brasileira, o mandado de injunção possui uma nobre finalidade, qual seja, por iniciativa do próprio interessado, evitar o descaso e a inocuidade de diversos preceitos constitucionais, esquecidos e inaplicados, em detrimento do cidadão, sob o pálio da falta de regulamentação;

l) Entretanto, a autonomia e a independência de nossos Magistrados são fator determinante para a reversão desse quadro, outorgando ao cidadão, por intermédio de decisões concretas e práticas como a acima mencionada, proferida pelo STF, um efetivo gozo dos direitos e garantias constitucionais, porquanto o seu esquecimento, pela inércia, muitas vezes dolosa, dos poderes públicos, não pode jamais impedir a realização plena das prerrogativas constitucionais;

m) A partir da Constituição de 1988 e da incorporação nesta dos direitos e garantias fundamentais, faz-se necessário a construção de uma dogmática jurídica que tenha por objetivo tornar a Lei Fundamental uma Constituição normativa integral. O que pressupõe a construção de instrumentos suficientes para atender não somente os casos de violação da Constituição por ato comissivo, como também o seu descumprimento em virtude de ato omissivo. Nesta ótica temos a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, duas grandes conquistas, que se propõem a suprir a omissão que se apresenta como um empecilho ao gozo dos direitos fundamentais; e

n) pela inexistência de uma vontade constitucional por parte dos operadores jurídicos, que em sua maioria propõem teses aniquiladoras destas duas grandes conquistas, são inibidas as grandes potencialidades do instituto, que acabam não sendo explorados em toda sua capacidade. Faz-se necessário que se respeite o conceito legal-constitucional destes institutos, e que sejam aplicados em todo seu teor normativo. Busca-se um maior comprometimento dos operadores do direito com os preceitos constitucionais, que empreendam uma luta em prol da efetivação dos direitos e garantias constitucionalmente asseguradas. Cabe, assim,

um aprimoramento e maior exploração da potencialidade destas técnicas processuais, devendo-se ressaltar, porém, que não se pode centrar toda a efetividade da Constituição na "judicialidade". Outras técnicas de participação política devem ser criadas, com base nas regras do jogo democrático, e que permitam a todos o pleno exercício da cidadania.

## **8. REFERÊNCIAS**

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro Renovar, 1990.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Adin 19, Rel. Ministro Aldir Passarinho, DJU 14.4.89.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 42-5-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 7.02.90.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 20 ed. São Paulo: Ed. Saraiva. 2000.
- COSTA, José Rubens. "O mandado de injunção como Norma Garantidora dos Direitos Sociais". In: *Mandados de Segurança e de Injunção* (coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1990.
- COSTA, José Rubens. *Mandados de segurança e injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- DANTAS, Ivo. *Dos Princípios Processuais na Ciência Processual Contemporânea*. "Anuário do Mestrado em Direito", Faculdade de Direito do Recife, n 6, 1993.
- DANTAS, Ivo. *Mandado de injunção - Guia teórico e prático*. São Paulo: Aide Editora, 1989.
- DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição*. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 1996.
- FERREIRA, Daniel. *Novos aspectos da responsabilidade do estado: por comportamento omissivo ou comissivo do legislador*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº. 9, dezembro, 2001.

- FRANCO, Afonso Arinos de Mello. Algumas instituições políticas no Brasil e nos Estados Unidos – Um estudo de Direito Constitucional comparado. São Paulo: Ed. Forense, 1975.
- GOMES, Randolpho. Mandado de Injunção. Rio de Janeiro: Ed trabalhistas, 1989.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986.
- KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Tradução de José Florentino Duarte. São Paulo: Ed. Sérgio Fabris, 1986.
- PACHECO, José da Silva. O Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- PALU, Oswaldo Luiz. Controle de constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos. São Paulo: Revista do Tribunais, 1999, p. 245.
- SIDOU, J. M. O. "Habeas corpus", mandado de segurança, mandado de injunção, "Habeas data", ação popular. 5 ed. São Paulo: Ed. Forense, 1998.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 8 ed. São Paulo, Malheiros, 1992.
- TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 11 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.