

## OMISSÃO NORMATIVA E MANDADO DE INJUNÇÃO

### NORMATIVE OMISSION AND MANDATORY INJUNCTION

<b>Recebido em:</b>	31/03/2020
<b>Aprovado em:</b>	25/06/2020

Felipe Bizinoto Soares de Pádua<sup>1</sup>

#### RESUMO

Este artigo se divide em três partes. A primeira parte tratará dos fundamentos do Estado Constitucional, que tem como norma organizadora a Constituição, que enumera diversos direitos que deixam suas conformações ao legislador. A segunda parte lidará com a existência de um direito à legislação e o correlato dever de legislar, constatando os parâmetros constitucionalmente estabelecidos para que existam tais posições jurídicas. A terceira parte disporá sobre o mandado de injunção, remédio constitucional íntimo à omissão normativa, dispendo sobre quatro subitens: um sobre a conceituação do writ, outro sobre seu objeto, um terceiro relativo ao seu processamento e um quarto acerca da natureza jurídica das decisões.

**Palavras-chave:** Remédio constitucional; Injunção; Omissão legislativa; Norma regulamentadora.

#### ABSTRACT

This article is divided into three parts. The first part treats with the foundations of the Constitutional State, which has as its organization legal norm the Constitution, which lists various rights that leave their conformation to the legislator. The second part will deal with the existence of a right to legislation and the related duty to legislate, noting the constitutionally established parameters for such legal positions to exist. The third part will deal with the mandatory injunction, an intimate writ to the normative omission, with four sub-itens: one to the conceptualization of writ, another to its object, a third to its processing and a fourth to the legal nature of decisions.

**Keywords:** Writ; Injunction; Legislative omission; Regulatory legal norm.

---

<sup>1</sup> Pós-graduado em Direito Constitucional e Processo Constitucional pelo Instituto de Direito Público de São Paulo/Escola de Direito do Brasil (IDPSP/EDB) (2019). Pós-graduado em Direito Registral e Notarial pelo Instituto de Direito Público de São Paulo/Escola de Direito do Brasil (IDPSP/EDB) (2019). Pós-graduado em Direito Ambiental, Processo Ambiental e Sustentabilidade pelo Instituto de Direito Público de São Paulo/Escola de Direito do Brasil (IDPSP/EDB) (2019). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC) (2017). É monitor voluntário nas disciplinas Direito Constitucional I e Prática Constitucional, ministradas pela Prof<sup>a</sup>. Dra. Denise Auaud, na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. É membro do grupo de pesquisa Hermenêutica e Justiça Constitucional: STF, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). É membro do grupo de pesquisa Direito Privado no Século XXI, do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Foi auxiliar de coordenação no Núcleo de Estudos Permanentes em Arbitragem (NEPA), da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2018). Articulista da edição eletrônica do Jornal Estado de Direito. Advogado. E-mail: [bizinoto.felipe@hotmail.com](mailto:bizinoto.felipe@hotmail.com). ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7453-5081>

## INTRODUÇÃO

Arelado ao expansionismo da Constituição como instrumento de protagonismo no direcionamento das relações sociais estão duas indagações que a relacionam aos diplomas hierarquicamente inferiores e que receberam brilho maior em tempos anteriores: *por que não a lei, e sim a Constituição? Qual o modelo de sociedade política adotado atualmente?*

Tais indagações são respondidas em multiníveis, iniciando-se pela contribuição de ELIVAL DA SILVA RAMOS (2015, p. 23-36) de que as problemáticas surgidas em um setor específico do Direito remetem, inevitavelmente, à teoria geral do Direito.

O primeiro nível tem como plano geral aquele trazido por ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (1999), para quem, baseado na história da ciência desenvolvida por THOMAS SAMUEL KUHN (2003), as bases científicas sofreram três adaptações que tinham duas qualidades: o Direito novo aproveitava as soluções das questões (*jigsaw puzzles*) contidas no Direito velho, com quem também rompia em razão, justamente, da instauração de novas bases científicas (PÁDUA, 2019a).

É dizer: a essência contida no pensamento de JEAN JACQUES ROUSSEAU (1944), que inspirou a criação do paradigma da lei, persiste com relação a alguns de seus traços, em especial diante do fato de que ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (1999) expõe que as mudanças nos modelos científicos posteriores, os paradigmas do juiz e, após, do caso, se deram através, particularmente, da mudança nos textos da lei. A técnica codificante é uma técnica legislativa e, por isso, as superveniências científicas tiveram como base essencial a lei, a emanação do legislador.

Sob a óptica do Direito constitucional, contida em MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (1988, p. 14-22; 2016, p. 17-22; 2017, p. 11-30) e LUÍS ROBERTO BARROSO (2015, p. 82-97), as mudanças de paradigmas jurídicos encontram harmonia com a saída do constitucionalismo clássico, um pouso no constitucionalismo moderno e a partida com chegada – esta sem escala de partida - ao neoconstitucionalismo, iniciando-se a Constituição como um compromisso político, desenvolvendo-se, na segunda fase, aos rumos de juridicidade, criando direitos e deveres e, por fim, disciplinando a vida política como norma de hierarquia máxima.

Como identificado por KONRAD HESSE (1991, p. 13-23), a Constituição ganha maior centralidade ao servir de centro de identidade material das demais normas jurídicas e estabelece um limite hierárquico formal com relação às demais emanações

jurídicas. Melhor dizendo, o texto constitucional tem força normativa e, por isso, cria posições jurídicas e delimita o campo de atuação dos atos infraconstitucionais, em especial das condutas estatais.

Por ser a norma de hierarquia superior, a Lei Fundamental concentra, simultaneamente, um aspecto formal, como norma máxima de um ordenamento estatal, e um aspecto material, como instituidora de regras e princípios que transcendem a própria individualidade constitucional e alcança os demais atos jurídicos.

Mesclando o que dito por LUÍS ROBERTO BARROSO (2015, p. 107) com MANOEL FERREIRA GONÇALVES FILHO (1988, p. 70-76) e JACQUES CHEVALLIER (2013, p. 59-70), a Constituição é a norma de hierarquia suprema dentro de um sistema jurídico que estabelece um campo material cuja essencialidade se reflete na organização do Estado, no reconhecimento das posições jusfundamentais e na instituição de fins que permeiam as atividades estatais.

Com essa acepção, depreende-se que o texto constitucional serve como instrumento que direciona a atividade dos Poderes ou, com maior precisão, as funções de Estado: legislar, administrar e julgar. Com esse elemento direcionador é que o perfil de Estado, antes um Estado Legal, passa a ser o de um Estado Constitucional (BARROSO, 2015, p. 27-97; FERREIRA FILHO, 1988, p. 79-82; 2016, p. 130-144).

As características do Estado Constitucional constam em JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (2002, p. 87-100) e LUÍS ROBERTO BARROSO (2015, p. 454-474), para quem tal perfil de sociedade política deve ser, ao mesmo tempo, um Estado *de Direito e Democrático*. Como *de Direito*, o Estado demonstra a submissão da vida política ao mundo jurídico, o qual tem como compromissos a supremacia da Constituição e resguardar os direitos e garantias fundamentais a todos, em especial às minorias políticas.

Por outro lado, *Estado Democrático* é expressão de um governo composto por uma maioria política e que envolve a legitimidade daqueles que governam, eis que há uma representação do ideal rousseauiano de que são representantes de todos.

Como forma de cruzamento dos pontos acima, a visão de que a lei ainda é a fonte jurídica por excelência nos modelos de origem romano-germânica (FERREIRA FILHO, 1988, p. 62; 2016, p. 130-136; 2017, p. 79-94; CHEVALLIER, 2013, p. 61-64) aos paradigmas jurídicos, a resultante é de que o legislador tem papel de protagonismo, eis que seus atos servem para regulamentar o que consta no texto

constitucional. O Estado Constitucional é aquele que se expressa por meio de uma Constituição que tem como agente concretizador a lei.

Essa relação entre os planos da constitucionalidade e da legalidade são enfoque de JOSÉ AFONSO DA SILVA (1982, p. 211-244) e JORGE MIRANDA (2017, p. 25-32), que entendem haver um espaço no qual as disposições constitucionais precisam alcançar, mas não o conseguem diretamente, exigindo que um agente intermediário concretize o desiderato máximo de forma adequada. O legislador é tal agente e a lei em sentido estrito é o instrumento por meio do qual é feito o intermédio.

Dimana uma indagação última e que será objeto das linhas que seguirão: partindo da premissa de que ao legislador cabe regulamentar a Constituição, *o que acontece se houver uma omissão legislativa?*

De acordo com a doutrina (FERREIRA FILHO, 2017, p. 96-106; BARROSO, 2015, p. 390-433; SILVA, 2013, p. 39-48; CANOTILHO, 2002, p. 469-475; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 191-195), as omissões acima são íntimas com o expansionismo das atribuições estatais, pois com alargamento do cobertor estatal também se amplia o plano da legalidade, o qual se vê assoberbado de incumbências em conferir maior presença do texto magno no plano fáctico. O expansionismo da Constituição é o expansionismo do Estado, que, por sua vez, é o expansionismo da legislação.

Em razão das omissões legislativas em cumprir determinado dever-poder constitucional é que nasce um mecanismo judiciário por meio do qual se tenta (a) manter a integridade do sistema tripartido de funções estatais e (b) conferir efetividade aos ditames da Lei Maior que exigem atuação legislativa, qual seja, o mandado de injunção.

O intento deste artigo é tratar, justamente, do mandado de injunção e relacioná-lo com as omissões inconstitucionais, as quais se ligam a um poder funcional de disciplinar enunciados constitucionais que exigem determinada atuação por parte do Estado Legislador.

Como plano de desenvolvimento, a análise do *writ* tratará (i) primeiramente dos fundamentos do Estado Constitucional e a peculiar relação deles com a atividade legislativa; (ii) ante as previsões constitucionais que exigem a interposição legal, o enfoque do segundo item envolve a existência de um dever de legislar e do correlato direito à legislação, partindo de premissas estabelecidas pela teoria geral do Direito; por fim, (iii) o tratamento jurídico do mandado de injunção: sua esfera terminológica,

seu objeto, seu processamento e os efeitos da decisão que lhe dá segmento. Um panorama completo sobre o writ em comento que finda com um quadro comparativo relativo ao procedimento de inconstitucionalidade por omissão, que também se liga às inanições estatais, mas em grau distinto.

## 1. OS PILARES DO ESTADO CONSTITUCIONAL

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (1988, p. 49-61; 2016, p. 130-144; 2017, p. 65-94) é enfático ao afirmar que as bases sobre as quais a sociedade construiu o Estado Constitucional são a justiciabilidade, a isonomia e a legalidade. A justiciabilidade tem como essência o controle judicial como último meio dotado de juridicidade para conformar os fatos sociais às determinações normativas, aproximar o ser do dever-ser.

O acesso à jurisdição inscreve a necessidade social de compor conflitos e, por isso, remete às origens da humanidade, pois onde há sociedade, há direito, assim como onde há sociedade, há conflito.

JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES (2005, p. 183-184) e DALMO DE ABREU DALLARI (2013, p. 59-80) sintetizam a ascensão das instituições sociais como instrumentos de composição dos conflitos de interesses, saindo de tempos nos quais a força era exercida diretamente pelo particular e rumo a um modelo no qual tal força era canalizada institucionalmente, nos magistrados, nas policiais, no imperador.

Dentro das fundações romanista, que muito inspiraram as bases estatais ocidentais, o Digesto de Justiniano já reconhecia o deferimento da força ao ente governamental por meio da lição de ULPiano (VASCONCELLOS; *et. al.*, 2017, p. 112) acerca da jurisdição: “*As atribuições do que administra justiça são latíssimas, porque pode conceder a posse de bens, imitar na posse, nomear tutores aos órfãos que não tiverem, e dar juízes aos litigantes*”.

Houve o aproveitamento das bases precedentes sobre a concentração da força em uma entidade governamental pela atualidade, eis que o Estado tem o monopólio da força e a autotutela, aquela exercida pelo particular sem intermédio público, é excepcional e legalmente permitida.

Outro ponto de destaque da justicialidade é que ela não apenas representa o foco estatalista de composição de conflitos, mas também expressa a necessidade de um órgão ou um ente provido de conhecimentos jurídicos, que seja técnico, pois há um

predomínio jurídico sobre a vida política (FERREIRA FILHO, 2016, p. 142-144; MIRANDA, 2017, p. 51-52; BARROSO, 2015, p. 421-430).

No Pacto Fundamental brasileiro consta expressamente como garantia fundamental individual o acesso à jurisdição, enunciando que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito* (artigo 5º, inciso XXXV).

O segundo fundamento do Estado Constitucional é a isonomia, que tem como base a Lei como instrumento através do qual será dispensado determinado tratamento jurídico aos sujeitos de direito. Tal fundamento faz referência a dois aspectos, quais sejam, a uniformidade jurídica e o tratamento jurídico. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (2016, p. 138) afirma que uniformidade jurídica diz respeito à igualdade perante a lei, isto é, não há alguém ou alguns que sejam superiores e, portanto, privilegiados. Todos são iguais aos olhos da lei.

O tratamento jurídico, por outro lado, significa a forma como a lei confere certo tratamento diferenciado a alguém ou alguns em razão, justamente, da diferença ostentada, que tem cunho político, social, econômico, cultural, ou outro fator extrajurídico relevante.

A isonomia permanece mesmo em casos de *discrímen*, pois este (o tratamento jurídico diferenciado) se dá através de uma mesma fonte, a lei (a uniformidade jurídica). Sobre tais assertivas, a doutrina diverge em questões terminológicas, pois aborda sob a uniformidade como isonomia em sentido formal e o tratamento sob a óptica da isonomia em sentido material (SILVA, 2013, p. 216-217; ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018, p. 202-209; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 575-576).

HUMBERTO ÁVILA (2015, p. 77-81) enfrenta de forma diferenciada ao afirmar que isonomia carrega em si duas acepções: *igualdade perante a lei* x *igualdade diante da lei*. *igualdade perante a lei* significa que a aplicação da lei ocorrerá sem qualquer diferenciação, independente do seu conteúdo. Por sua vez, a *igualdade diante da lei* se refere ao conteúdo do diploma, que deve tornar todos iguais e, para isso, deve conter em seu aspecto material formas de igualar aqueles que, por fatores extrajurídicos, estão em desnível.

A regra geral da igualdade é que o tratamento jurídico seja o mesmo, igual em relação a todos; a exceção é que seja deferido certo tratamento em razão de certas circunstâncias (ÁVILA, 2015, p. 19-43).

Com esse segundo fundamento é que se pode destacar a remissão ao paradigma da lei, cuja essência – a lei, um preceito geral e abstrato que contempla determinada

moldura fática e a ela atribui efeitos (JUNQUEIRA, 1999) – persiste mesmo com as mudanças que sobrevieram. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (2016, p. 137-138) enfatiza que a construção do Estado francês contra o antigo regime tinha como uma das exigências em pauta a igualdade, pois queriam o fim dos privilégios que certos estamentos (os nobres e a Igreja) tinham, assim como um meio racional que transparecesse aplicação igualitária (a lei).

Como exemplo da igualdade, por meio da lei federal n. 12.711 que pessoas que estudaram cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas conseguiram ingresso diferenciado – as cotas – em universidades e instituições de ensino técnico em nível federal. Tal distinção ocorre em relação às pessoas que cursaram escolas particulares no mesmo grau de ensino, partindo do pressuposto de que há uma disparidade na qualidade educacional entre as instituições escolares de ensino privado e público.

Como último pilar, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (1988, p. 49-50; 2016, p. 131-136) a legalidade determina que todos se sujeitam à lei, um ato formal constituído no seio da autoridade legislativa. Ela se expressa de duas formas no ordenamento jurídico contemporâneo (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018, p. 209-211; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 483-486): (i) em sentido positivo, que significa que certos comportamentos devem, não devem ou podem ser feitos se houver previsão legal. Tais previsões são voltadas, essencialmente, ao Poder Público, que tem sua margem de atuação dentro do que a lei determina; e (ii) em sentido negativo, que faz oposição à expressão positiva e, portanto, significa que se não há lei que defina comportamentos como obrigatórios ou proibidos, então o sujeito pode realizá-los.

Como exemplo da legalidade em sentido positivo, a Constituição do Brasil é expressa ao determinar que *as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública* (artigo 37, inciso XXI), determinando que a exceção só ocorrera em casos que a própria lei de licitações (lei n. 8.666) preveja. Regra geral, o Poder Público só pode contratar alguém para que prestar serviços ou construir obras se houver prévia licitação.

Exemplificando a legalidade em sentido negativo, a liberdade de contratar, que tem seu fundamento na previsão de que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (artigo 5º, inciso II).

O contributo de MARCEL EDVAR SIMÕES (in CUNHA FILHO; ISSA; SCHWIND, 2019, p. 203-204) sintetiza com precisão a mitigação da legalidade na

contemporaneidade ao entender que o sistema jurídico atual é formado por três círculos concêntricos, sendo que o sistema legal, fundado na legalidade, está no centro do ordenamento, com este não se confundindo em razão da existência de normas emanadas de fontes alheias à lei e que envolvem recursos de outras áreas do saber pela ciência jurídica. Dessa lição se depreende que a legalidade ainda tem papel central no Estado Constitucional mesmo com a necessidade de se recorrer a meios extralegais.

Outrossim, as exigências sociais levaram à criação de diplomas cujos efeitos se equiparam ao da lei, surgindo daí a classificação de Lei em sentido amplo e lei em sentido estrito (FERREIRA FILHO, 2016, p. 133-134; SILVA, 2013, p. 422-423). Em sua acepção ampla, Lei (com a letra L maiúscula) significa todo instrumento normativo emanado da autoridade estatal que cria, modifica ou extingue direitos e deveres (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018, p. 209-210).

A seu turno, a acepção estrita de lei (com a letra l minúscula) significa um ato formal que cria, modifica ou extingue posições jurídicas, advindo do Legislativo e em conformidade com um processo legislativo contido no texto constitucional (SILVA, 2013, p. 423).

Como outra emanção que inova na ordem jurídica e que é Lei, mas não lei, está a Medida Provisória, que é um instrumento editado pelo Chefe do Executivo, com efeitos equiparados aos da lei e que se submete ao crivo legislativo *a posteriori*.

Dentro desse contexto de fundamentos do Estado Constitucional é que se rememora que a legalidade é centro no sistema jurídico (SIMÕES, 2019) e, assim sendo, o papel do legislador ainda é essencial para o ordenamento como ponto chave que tem uma dupla função: (i) de forma geral, regulamenta o texto constitucional e lhe confere maior efetividade; e (ii) de forma específica, define o campo de atuação do Estado tanto nas suas relações com outros entes públicos quanto com entidades privadas.

## **2. A LEI COMO PONTO FOCAL: DEVER DE LEGISLAR E DIREITO À LEGISLAÇÃO?**

A somatória do expansionismo estatal com o fundamento de o Estado Constitucional ter como base essencial a legalidade leva à indagação sobre o papel do legislador e o fundamento do seu ato por excelência, a lei em sentido estrito: *o Legislativo tem um poder ou um dever de legislar?*

Duas referências são necessárias para desvendar a resposta sobre o motivo pelo qual o legislador legisla. A primeira está no ambiente do Direito constitucional, relativa às funções exercidas pela função legislativa; a segunda está no campo da teoria geral do Direito, em especial na teorização das posições jurídicas subjetivas.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (2017, p. 206-218) assevera que o Legislativo atual tem tríplice função: (i) o papel representativo, que diz respeito a levar os interesses dos representados a um ambiente onde o diálogo é instituído e as soluções perseguidas, resultando, especialmente, na edição de uma lei; (ii) o papel de governança, o de exercente do poder estatal e de gestor do maquinário público; e (iii) o papel de fiscal, que se baseia na noção de freios e contrapesos, a atribuição de policiar o exercício das funções pelos demais Poderes, assim como valer-se dos mecanismos constitucionais em voga para coibir eventuais excessos por parte das autoridades.

Como estabelecido na Constituição brasileira, *o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente* (artigo 1º, parágraf. ú.). Tal representatividade está, destacadamente, no Legislativo, o espaço onde as pessoas podem falar, expor seus pontos de vista (FERREIRA FILHO, 2017, p. 207-210). O sinônimo utilizado para o órgão legiferante é Parlamento, que tem em sua raiz a palavra *parlare* (falar, em francês).

O Parlamento como expressão da representatividade dos interesses de todos os que estão no território de certo Estado leva à concepção de mandato, categoria jurídica contratual da qual se valem os estudiosos para definir a relação entre o povo, representado, e os eleitos, os representantes, em uma relação oriunda, principalmente, do exercício do voto (FERREIRA FILHO, 2017, p. 209-210; CANOTILHO, 2002, p. 633; CHEVALLIER, 2013, p. 62-64; SILVA, 2013, p. 511-526).

O uso do mandato na seara pública é tão cristalizado na cultura jurídica que a Constituição do Brasil, p. ex., prevê que a lei que estrutura os Municípios, a lei orgânica, deve obedecer, dentre vários, o preceito da *eleição do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores, para mandato de quatro anos, mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo o País* (artigo 29, inciso I).

Na teoria geral do Direito, GIUSEPPE LUMIA (1999) categorizou duas classes importantes de direitos e deveres, as denominando posições jurídicas subjetivas, de acordo com o grau de elaboração que expressam: as posições jurídicas elementares e as posições jurídicas complexas.

Em síntese, GIUSEPPE LUMIA (1999) destaca duas posições jurídicas subjetivas

complexas, que são o direito subjetivo e o poder funcional. A primeira categoria consiste no feixe de pretensões, faculdades, poderes formativos e imunidades que se voltam à satisfação do interesse de quem as titulariza.

O poder funcional compreende também um feixe de posições jurídicas elementares, mas cuja existência está em função de interesse alheio, sujeito estranho ao titular da posição complexa (LUMIA, 1999; PÁDUA, 2019b).

Unindo as duas referências, a função legislativa de Estado tem como atribuição precípua legislar, sendo que naqueles casos nos quais a Constituição exige norma infraconstitucional haverá um poder funcional, também chamado de poder-dever ou dever-poder.

Os serviços públicos servem de exemplo de um poder funcional que o Estado-Administrador exerce para satisfazer interesses coletivos de forma exclusiva ou não (DI PIETRO, 2019, p. 191-192).

Ocorre que legislar nem sempre é um dever, posto que tal posição passiva deve ser inferida diretamente do texto constitucional, ou, melhor dizendo, deve ser uma omissão inconstitucional.

Sobre a omissão inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal (Agravo Regimental no Mandado de Injunção n. 5.926/DF) fixou entendimento de que o dever *“à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional”*, ainda expondo ser *“essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o conseqüente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro”* (Mandado de Injunção n. 642).

Com relação às hipóteses que não são extraídas da Constituição, o legislador tem maior margem de atuação, ostentando uma faculdade em determinar o regramento sobre os assuntos. Como exemplo de situação fática não contemplada no texto constitucional é a concorrência desleal inversa.

Um segundo exemplo contido na prática jurídica foi fixado no Supremo Tribunal Federal (Agravo Regimental no Mandado de Injunção n. 6.591/DF) ante o entendimento de que *“não há norma constitucional que imponha ao legislador o dever de regulamentar os direitos do nascituro”*.

JOSÉ JOAQUIM CANOTILHO (2002, p. 1024-1025) trata sobre o tema do dever constitucional de legislar em relação às omissões cometidas pelo Parlamento ao

afirmar que as normas constitucionais impõem matérias que o legislador deve disciplinar através de lei e existe obrigatoriedade no cumprimento de tal determinação em razão do caráter obrigatório da Constituição, que é norma jurídica.

Ao contrário do que afirmado pelo autor português (CANOTILHO, 2002, p. 1024), para os casos nos quais há dever constitucional de legislar existe a correlação jurídica suscitada por GIUSEPPE LUMIA (1999), para quem todo dever tem um correlato direito. Logo, se há um poder funcional sob titularidade do Parlamento, então há um direito à legislação.

Como enunciado na Lei Fundamental brasileira, o Poder é titularizado pelo povo, o qual ostenta a titularidade sobre o correlato direito à legislação. A posição jurídica subjetiva ativa é conferida à coletividade representada nos corredores do Parlamento e sua funcionalização se dá de acordo com o que segue, no item a seguir.

### **3. O MANDADO DE INJUNÇÃO NO CENTRO DO CONFLITO**

Contemplado como um remédio constitucional, o mandado de injunção tem sua previsão na Constituição do Brasil, que enuncia que *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* (artigo 5º, inciso LXXI).

Seu histórico passou pelo problema que visa combater, a omissão normativa, eis que o *writ* ficou de 1988, ano da promulgação da Constituição em voga, até meados de 2016 sem lei ordinária contendo o regramento procedimental, sendo regulamentado o dispositivo constitucional pela lei n. 13.300.

Apesar desse vácuo temporal, o Supremo Tribunal Federal (Questão de Ordem no Mandado de Injunção n. 107) aplicou disposição constitucional expressa de que o rol contido no artigo 5º têm aplicabilidade imediata, produzem efeitos (mínimos) mesmo com determinação constitucional de regulamentação, aplicando-se analogicamente o procedimento do mandado de segurança. Segundo a Corte Constitucional, a qualificação da norma contida no artigo 5º, LXXI, CRFB, é “*no âmbito da competência desta Corte (...), auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regule, inclusive quanto ao procedimento*”.

Ademais, por envolver a análise constitucional de uma omissão, o instrumento

injuncional é destacado como uma forma de controle concreto ou incidental de constitucionalidade, porque é através dele que determinado sujeito de direito visa conferir efetividade à posição titularizada diante de uma omissão legislativa inconstitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 1222; SARLET; STRECK; SARLET; in CANOTILHO; *et. al.*, 2018, p. 514; ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018, p. 290).

Do texto constitucional extrai-se que o mandado de injunção é o procedimento especial por meio do qual o interessado visa viabilizar o exercício de posições jurídicas inscritas no texto constitucional, inclusive aquelas inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, cuja omissão do poder funcional legislativo constitui óbice (MEIRELLES, 1988, p. 131; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 1222; ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018, p. 289; SARLET; STRECK; in CANOTILHO; *et. al.*, 2018, p. 514; SIQUEIRA JÚNIOR, 2012, p. 275).

A partir da esfera terminológica, serão extraídos (a) o objeto; (b) a legitimidade ativa; a legitimidade passiva; (c) a forma como processado; e (d) a carga eficaz da decisão.

O objeto do *writ* é a tutela de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania cujo exercício esteja obstaculizado pela inação do Poder Público em editar norma regulamentar. Divide-se, então, em direitos *a regulamentar* e inadimplemento do dever *de regulamentar*.

Como apontado por INGO WOLFGANG SARLET e LÊNIO LUIZ STRECK (in CANOTILHO; *et. al.*, 2018, p. 515-516), as categorias jurídicas direitos, liberdades e prerrogativas causam tamanha controvérsia que todas são tratadas como direitos, aqui consideradas como posições jurídicas subjetivas constitucionalmente previstas.

Existe uma relação de causalidade entre o exercício da posição jurídica constitucional e a omissão legislativa, o que remete à classificação a que faz alusão JOSÉ AFONSO DA SILVA (1982, p. 63-67), as normas constitucionais autoaplicáveis e não-autoaplicáveis.

Segundo o autor acima (SILVA, 1982, p. 64), autoaplicáveis são as normas constitucionais que não precisam de complementação legislativa para que irradiem todos os seus efeitos, enquanto não-autoaplicáveis são aquelas cuja irradiação total eficaz depende de conformação legislativa.

O Supremo Tribunal Federal (Questão de Ordem no Mandado de Injunção n.

97) parte da consideração de que a omissão inconstitucional se liga a uma norma constitucional não-autoaplicável, afirmando que “*É impróprio o uso do mandado de injunção para o exercício de direito decorrente de norma constitucional autoaplicável*”.

Ainda com relação ao objeto do mandado de injunção, é preciso que outro elemento de existência conste em concorrência com a posição constitucional, qual seja, a omissão inconstitucional, o incumprimento do dever de editar norma regulamentar pelo ente, órgão ou autoridade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 1242-1243; SARLET; STRECK; in CANOTILHO; *et. al.*, 2018, p. 516-517).

Como questão essencial, omissão legislativa para os fins de mandado de injunção não remete, necessariamente, ao Legislativo, e sim a todo e qualquer órgão com atribuição constitucional de editar norma regulamentar que viabilize o exercício das posições constitucionalmente insculpidas. Trata-se da compreensão de EDUARDO DOMINGOS BOTTALLO (2009, p. 111-170) que os órgãos das funções executiva e judiciária também legislam, exercem função atípica de legislar e, por isso, também cometem omissões legislativas inconstitucionais.

Adere-se à interpretação extensiva da categoria *norma regulamentar*, envolvendo ao que PAULO HAMILTON SIQUEIRA JÚNIOR (2012, p. 278) e JOSÉ AFONSO DA SILVA (2013, p. 452) emanções legislativas ou infralegais com caráter geral e que tenha o intuito de conferir acesso para o exercício das posições constitucionais.

Sobre tal omissão, o item anterior mostrou que só há dever de legislar se inferida a matéria diretamente do texto constitucional, restando destacar se tal inanição do Poder Público pode ser total ou parcial.

A lei n. 13.300 dá a resposta sobre a amplitude da omissão inconstitucional ao dispor que é cabível o instrumento injuncional *sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora* (artigo 2º), ainda considerando *parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente* (artigo 2º, parág. ú).

O que legislado em 2016 é produto do posicionamento do Supremo Tribunal Federal (Mandado de Injunção n. 712/PA), que já fixava entendimento no sentido de que “*a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial*”. Tal posicionamento resultou de via injuncional impetrada contra o Congresso Nacional pela inanição quanto à regulamentação do direito de greve no setor público.

Como lecionam INGO WOLFGANG SARLET e LÊNIO LUIZ STRECK (in CANOTILHO; *et. al.*, 2018, p. 515), a omissão total é aquela que não há norma regulamentando as posições constitucionais, trata-se de inexistência normativa. Quanto à omissão parcial, está diz respeito à ineficácia normativa quanto à posição constitucional, ou seja, há norma regulamentar, mas ela ou (a) exclui do seu campo de gravitação circunstâncias fáticas ligadas às posições constitucionais quando tais situações deveriam ter sido contempladas; ou (b) disciplina de forma deficitária, alijando toda ou parte da posição constitucional.

Uma terceira característica da omissão inconstitucional é a mora legislativa, ou seja, a inanição que supera prazo constitucionalmente fixado ou razoavelmente inferido (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 1244; ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018, p. 113).

O Supremo Tribunal Federal passou por um quadro evolutivo interessante quanto à questão do prazo relacionado à omissão inconstitucional, em especial aqueles não previstos no texto magno (prazo razoável). Inicialmente, o entendimento envolvia tão somente a ciência do Poder Público omissor (Mandado de Injunção n. 107 e Mandado de Injunção n. 168). Pouco tempo depois, o STF (Mandado de Injunção n. 283) deu passo substancial ao não apenas fixar prazos para suprir a lacuna ao impetrado, mas também, caso ultrapassado o interstício, permitiu ao impetrante demandar o ente federativo a que pertence o impetrado para obter indenização.

Passo seguinte, a legitimidade ativa remete à teoria geral do processo, que milita no sentido de que há duas espécies de legitimidade *ad causam*: a ordinária e a extraordinária. SÉRGIO BERMUDEZ (, p. 72) explica que a legitimidade ordinária diz respeito à identidade de quem figura no plano material e no plano processual, ou seja, o titular do direito material comparece em juízo. A legitimidade extraordinária diz respeito à possibilidade de terceiro pleitear direito material alheio, ou seja, é parte no processo, mas defende posição jurídica material alheia.

Por estar no campo do Direito processual constitucional, o mandado de injunção deve seguir as premissas basilares da teoria geral do processo, aplicando-se a questão das legitimidades *ad causam*, ainda mais diante do fato de que a figura do impetrante, aquele que exerce a garantia fundamental da ação, pode ser o próprio titular da posição constitucional inviabilizada pela omissão legislativa ou uma entidade que o represente.

Decorre que legitimado processual ativo no mandado de injunção é tanto o

titular da posição constitucional cujo exercício é obstado pela inanição estatal quanto as entidades que representem tais titulares (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 1237-1238; SARLET; STRECK; in CANOTILHO; *et. al.*, 2018, p. 515).

Com relação ao titular da posição, defendeu-se em texto sobre a figura do titular das posições jusfundamentais (PÁDUA, 2019a) que garantias constitucionais que o texto constitucional não externe vedação são titularizáveis por entidades com personalidade jurídica, as pessoas físicas e jurídicas, quanto por entidades sem personalidade jurídica, os entes despersonalizados, o que consiste para PAULO HAMILTON SIQUEIRA JÚNIOR uma legitimidade ativa ampla (2012, p. 283-284).

O posicionamento do Supremo Tribunal (Mandado de Injunção n. 472) era no sentido de que entidades que representam interesses transindividuais são legitimados ativos para impetração da via injuncional, destacando-se das entidades sindicais, que dispõem de “*legitimidade ativa para a impetração do mandado de injunção coletivo, que constitui instrumento de atuação processual destinado a viabilizar, em favor dos integrantes das categorias que essas instituições representam*”.

O legislador caminhou bem ao positivizar o mandado de injunção coletivo, dispondo a lei n. 13.300 que o mandado de injunção coletivo pode ser promovido (i) pelo Ministério Público; (ii) por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício posições jurídicas constitucionais relacionadas com a finalidade partidária; (iii) por entidade representativa legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, para assegurar o exercício de posições constitucionais em favor de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e de acordo com suas finalidades, dispensada autorização especial; e (iv) pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos individuais e coletivos dos necessitados.

No outro lado da relação processual está o legitimado passivo, que deve ser tão somente o ente, órgão ou autoridade com a incumbência constitucional de regulamentar as posições constitucionais contempladas no texto fundamental (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 1237; SARLET; STRECK; in CANOTILHO; *et. al.*, 2018, p. 515; SIQUEIRA JÚNIOR, 2012, p. 285).

Sobre a figura do demandado no remédio de injunção, o Supremo Tribunal Federal (Questão de Ordem no Mandado de Injunção n. 352) posicionou-se no sentido de que “*o mandado de injunção há de dirigir-se contra o poder, o órgão, a entidade ou a autoridade que tem o dever de regulamentar a norma constitucional*”, o que foi

ênfatiza pelo Tribunal (Mandado de Injunção n. 335) em decisão que afirmou que *“somente pessoas estatais podem figurar no polo passivo da relação processual instaurada com a impetração do mandado de injunção, eis que apenas a elas é imputável o dever jurídico de emanação de provimentos normativos”*.

De forma harmônica com a colocação do Pretório Constitucional, a lei n. 13.300 é categórica ao dispor que *são legitimados para o mandado de injunção, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora* (artigo 3º).

A questão relativa à *atribuição para editar a norma regulamentadora* deve ser interpretada de forma ampla, eis que não apenas aquele com o dever de editar deve constar no polo passivo, mas também aqueles que, de alguma forma, influenciam no exercício da edição da norma regulamentar, o que ocorre, p. ex., com a impetração do writ contra Presidente da República por não ter dado iniciativa ao processo legislativo nos casos de iniciativa privativa.

A circunstância de que ingressa como impetrado único ou litisconsorte em razão da influência que tem sobre o editor da norma regulamentar foi constatado pelo Supremo Tribunal Federal (Mandado de Injunção n. 1.893/DF) do seguinte fragmento da decisão monocrática da relatoria: *“É certo que compete ao Congresso Nacional a aprovação do projeto de lei a ser submetido pelo Presidente da República, o que autoriza seja ele também apontado como Impetrado neste mandado de injunção”*. O desfecho do caso foi pela não tutela judicial em razão de, justamente, o Presidente da República não constar como impetrado junto ao Congresso Nacional.

Evidente que a figura do legislador e do administrador não são as únicas no que pertine à legitimidade passiva na injunção mandamental, eis que o próprio texto constitucional, p. ex., define que compete ao Supremo Tribunal Federal apreciar *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* (artigo 102, inciso I, alínea q).

Logo, o legitimado passivo do mandado de injunção é todo órgão com atribuição constitucional típica ou atípica de editar norma regulamentar que viabilize o exercício de posições jurídicas constitucionais ou todo órgão que se ligue causalmente à inanição do editor da norma regulamentar (SARLET; MARINONI; MITIDIERO,

2016, p. 1237).

Com relação ao seu processamento, este se divide a partir da autoridade judiciária competente para processar e julgar o remédio constitucional de injunção, bem como as etapas processuais que culminam na decisão judicial.

Quanto à competência, o Pacto da Primavera brasileiro determina que a competência judicial para apreciação do mandado de injunção será (a) do Supremo Tribunal Federal, quando a omissão inconstitucional for do Presidente da República, do Congresso Nacional ou de suas Casas Legislativas e de suas Mesas, do Tribunal de Contas da União, dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal (artigo 102, inciso I, alínea q); (b) do Superior Tribunal de Justiça, quando a omissão inconstitucional for de órgão federal da Administração Pública, exceto aqueles de competência do Supremo Tribunal Federal, da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (artigo 105, inciso I, alínea h); (c) dos Tribunais Regionais Federais e juízes federais, quando a omissão inconstitucional decorrer atribuição das demais autoridades, órgãos e entidades federais; (d) dos Tribunais de Justiça e juízes estaduais, quando a omissão inconstitucional for de quaisquer autoridades, órgãos e entidades estaduais e municipais, da Administração Pública.

A lei n. 13.300 determina que a petição inicial deve preencher as exigências da lei processual tanto quanto sua estrutura quanto seus documentos e indicará o órgão impetrado e a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado (artigo 4º), sendo que eventual documentação que não se encontrar com o impetrante, será determinado ao portador que forneça no caso de recusa (artigo 4º parág. 2º).

O diploma legal especial em questão prevê (artigo 5º), também, que, recebida a peça oval, a autoridade judiciária determinará (a) a notificação do órgão impetrado, a fim de que preste informações no prazo de dez dias; e (b) a ciência da impetração do *writ* a quem representa judicialmente a pessoa jurídica a que se vincula o órgão impetrado.

Após o prazo para prestação de informações, a lei do Mandado de Injunção (artigo 7º) determina que o Ministério Público será ouvido a título de *custus legis*, no prazo de dez dias, sendo que o feito será remetido a julgamento com ou sem parecer ministerial após transcorrido o interstício para sua apresentação.

Com relação à sentença, dispõe a lei n. 13.300 (artigo 8º) que o reconhecimento da mora legislativa incorrerá na tutela judicial e, conseqüentemente,

(a) fixará prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora, dispensável tal prazo no caso de inanição reiterada pelo impetrado; e (b) os meios através dos quais se dará o exercício das posições constitucionais, as exigências para o interessado promover ação própria visando a exercê-las, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Pela lei acima, a regra geral é que os efeitos da decisão ficam circunscritos às partes envolvidas (artigo 9º), no entanto poderá haver efeitos contra todos (*erga omnes*) ou a todos na mesma situação do impetrante (*ultra partes*) se demonstrado que for inerente ou indispensável ao exercício do direito (artigo 9º, parág. 1º). Com relação à eficácia *ultra partes*, o texto legal em comento é claro ao enunciar que *a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante* (artigo 13).

Com relação a circunstâncias supervenientes, dispõe a lei da via injuncional que *a decisão poderá ser revista, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito*, por meio de ação própria (artigo 10). Pontualmente quanto à superveniência de norma regulamentar, o citado diploma expressa que *produzirá efeitos ex nunc em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável* (artigo 11).

Eventual recurso de apelação terá eficácia suspensiva, conforme aplicação subsidiária da lei processual geral (artigo 14 da lei n. 13.300).

Com relação a tutela de urgência, liminarmente concedida ou não, o Supremo Tribunal Federal (Mandado de Injunção n. 283, Mandado de Injunção n. 313, Mandado de Injunção n. 335) entende que não há cabimento diante da natureza mandamental da decisão de mérito e da impossibilidade de normatizar no lugar da função competente<sup>2</sup>.

Passa-se, assim, à compreensão da natureza da decisão de mérito proferida em sede de mandado de injunção, cabendo um breve esboço histórico sobre a forma como o Supremo Tribunal Federal se comportou em relação à inanição estatal desde a vigência da Constituição de 1988.

Como mencionado anteriormente, a Corte Magna brasileira tinha como entendimento inicial somente a ciência do Poder Público omissivo (Mandado de

---

<sup>2</sup> Com relação a esse posicionamento, ver-se-á que as decisões sobre a natureza da decisão de mérito em mandado de injunção mudaram de acordo com o tempo.

Injunção n. 107 e Mandado de Injunção n. 168).

Tempos após, o STF (Mandado de Injunção n. 283) não apenas começou a fixar prazos para suprir a lacuna ao impetrado, mas também, caso ultrapassado o interstício, permitiu ao impetrante demandar o ente federativo a que pertence o impetrado para obter indenização.

Um terceiro passo foi dado, eis que a conversão do provimento jurisdicional específico em indenização tornou-se constante e inefetivo, o que fez com que o Pretório adotasse o atual posicionamento dele em relação à omissão inconstitucional, qual seja, a de (i) fixar prazo para suprir a lacuna normativa e (ii) escoado o interstício, suprir a lacuna.

O terceiro passo do STF é concebido como o mais concretista de todos os tempos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 1233-1237; SARLET; STRECK; in CANOTILHO; *et. al.*, 2018, p. 517-518; ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018, p. 120; SILVA, 2013, p. 452). Tal posicionamento ganha contraste no famoso caso do direito de greve pelos funcionários públicos (Mandado de Injunção n. 708, Mandado de Injunção n. 670 e Mandado de Injunção n. 712), entendendo o órgão judicial pelo acolhimento do pedido deduzido em sede injuncional e, por conseguinte, *“determinar a aplicação das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis”*.

Outro julgado que mostra a mudança para uma tendência judicial a suprir lacunas ante o incumprimento legislativo em editar lei complementar relativa à aposentadoria especial de servidor público, o Supremo Tribunal Federal (Mandado de Injunção n. 721) se pronunciou pelo reconhecimento da mora legislativa e pela aplicação analogamente da disciplina dos trabalhadores em geral contida na lei n. 8.213, que regulamenta os planos de benefícios previdenciários para, especialmente, o setor privado.

Como representativo mais próximo, o Tribunal Constitucional (Mandado de Injunção n. 4.733) apreciou caso no qual o legislador deixou de cumprir com seu dever constitucional com relação à criminalização da homofobia, pronunciando-se o colegiado no sentido de (a) constituir em mora o Congresso Nacional e (b) enquanto não promulgada lei sobre o tema, aplicar *“a Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação*

*sexual ou identidade de gênero*”.

Sobre a mudanças no teor da sentença, cabe destacar o contributo de F. C. PONTES DE MIRANDA (1970, p. 118-146) sobre a classificação das ações, e, por conseguinte, das sentenças quanto à preponderância de eficácia, ou seja, não há sentenças *meramente declaratória* ou *meramente mandamental*, posto que toda decisão deve ser analisada a partir de sua carga preponderante. É dizer, toda decisão judicial tem em si um pouco do teor declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo lato *sensu*.

Partindo da premissa das cargas eficaciais ponteanas, o que o histórico traçado demonstrou é um crescimento paulatino da carga constitutiva no que diz respeito à colmatação da lacuna normativa pelo próprio Judiciário. Passou de uma decisão eminentemente declaratória da ausência normativa para um caráter maior do teor mandamental, quanto ao suprimento da lacuna, e constitutivo quanto à mora, evoluindo para um caráter mandamental quanto à colmatação do vão normativo e duplamente constitutivo no sentido de constituir em mora o legislador e o Estado-Juiz suprir o vácuo normativo ante o relapso reiterado do órgão competente.

De acordo com os julgados mencionados, os conflitos que ocorrem entre as funções legislativa e judiciária envolvem a implementação do catálogo de direitos e garantias fundamentais que estão em crescente elevação ao status de norma constitucional e, assim sendo, leva maiores demandas legislativas. Esse fenômeno da elevação das posições jusfundamentais ao texto constitucional é constatado por MAURO CAPPELLETTI (1993, p. 61-69), que a ele atribui como uma das causas pelas quais os juízes exercem com mais intensidade a função de legislar, os juízes legisladores.

A premissa da tutela dos direitos fundamentais que levou o Supremo Tribunal Federal (Mandado de Injunção n. 670) a enfrentar a questão do ativismo judicial e afirmar que ser admissível “*que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes*”.

Outrossim, ainda ligado às posições jusfundamentais, MAURO CAPPELLETTI (1993, p. 43-56) expõe que a tutela a direitos e garantias fundamentais reportam o conflito entre Política e Direito, entre o que LUÍS ROBERTO BARROSO (2015, p. 448) expõe como conflito entre Estado de Direito e Estado Democrático, respectivamente,

na garantia das posições jusfundamentais a todos e a supremacia da Constituição contra legitimidade democrática e governo da maioria.

As funções legislativa e executiva têm em sua essência o mundo político, eis que são eleitos e expressam vontades que se sustentam na maioria, enquanto que a função judicial tem em seu cerne a técnica jurídica, decidindo em conformidade com o sistema jurídico e, muitas vezes, de forma contrária à maioria política, contramajoritária (CAPPELLETTI, 1993, p. 43-45; BARROSO, 2015, p. 448).

Como outra causa que leva à crescente atividade criadora dos juízes, o formalismo das técnicas legislativas, que se externam por meio de um processo cujo diálogo é feito em etapas de idas e vindas entre os diversos órgãos dentro do Legislativo, demonstrando certa demora na adoção de medidas para efetivar as normas constitucionais não-autoaplicáveis (CAPPELLETTI, 1993, p. 31-40).

Some-se ao processo legislativo o fato de que muitas decisões do Chefe do Executivo recaem sobre os ombros do Parlamento, decisões essas que têm prazo constitucionalmente inscrito para confirmação, o que acontece, p. ex., no Brasil com as medidas provisórias, que, praticamente, mudam a agenda legislativa.

O expansionismo do Estado também contribui para o engrandecimento do Judiciário em detrimento, especialmente, do Legislativo, o que leva a ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (1999) a afirmar que um dos modelos científicos pelos quais as sociedades políticas passaram ou ainda passam – as democracias tardias, p. ex., o Brasil – é o *paradigma do juiz*, que carrega em si um certo senso de justiça material, apto a se valer do recurso legislativo para dar maior concretização a ideários que a lei, expressão do Parlamento e do modelo científico anterior, o *paradigma da lei*, não se compromissavam.

Por exigir um caso concreto e, sendo assim, viabilizar o exercício do direito constitucional diante de omissão normativa, o mandado de injunção tem um instrumento no ordenamento jurídico brasileiro com o qual não se confunde, mas tem o mesmo objetivo de constatar a inanição do Poder Público. Tal instrumento é o procedimento chamado ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cuja Constituição do Brasil determina que a declaração da 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* (artigo 103, parág. 2º).

O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, então, iguam-se quanto ao objetivo, que é constatar a omissão inconstitucional e viabilizar o exercício de direito tutelado por norma constitucional não-autoaplicável (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 1222; SARLET; STRECK; SARLET; in CANOTILHO; *et. al.*, 2018, p. 514; ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018, p. 29).

Por outro lado, diferem-se os citados procedimentos em relação a quatro aspectos: (a) jurisdicional; (b) subjetivo; (c) objetivo; (d) eficaz, conforme tabela abaixo:

O aspecto jurisdicional está ligado a quem julga os pedidos deduzidos pelas vias acima. A ação de inconstitucionalidade por omissão é instrumento de controle abstrato ou principal de constitucionalidade, sendo processada e julgada tão somente pelo Supremo Tribunal Federal; já o mandado de injunção é instrumento de controle concreto ou incidental, que são apreciados por diversos órgãos judiciais (SARLET; STRECK; in CANOTILHO; *et. al.*, 2018, p. 514).

O aspecto subjetivo diz respeito àquele que ostenta legitimidade processual para provocar a jurisdição. Na ação de inconstitucionalidade por omissão são legitimados tão somente aqueles que constam no artigo 103 da Constituição do Brasil, um rol fechado de legitimados; já o mandado de injunção, com visto, tem como legitimado o titular da posição constitucional ou quem o represente.

O aspecto objetivo traz uma visão anterior e uma posterior sobre o objeto de cada instrumento de fiscalização de constitucionalidade. Na visão anterior, a ação de inconstitucionalidade por omissão tem um campo mais amplo, eis que pode tratar sobre toda e qualquer norma constitucional não-autoaplicável sobre a qual não houve regulamentação pelo legislador ou administrador; já o mandado de injunção tem um objeto mais restrito, que consta nas lições de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (201, p. 183-184), para quem a via injuncional se volta aos direitos do artigo 5º e aqueles que possam ser inferidos dos Capítulos III e IV do Título II da Constituição do Brasil.

Sob a óptica atual, entende-se que a via injuncional tem amplitude tal qual a da ação de inconstitucionalidade por omissão, isto é, a todo e qualquer direito constitucional que o texto da Constituição exige conformação infraconstitucional (SARLE; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 1242-1248; SARLET; STRECK; in CANOTILHO; *et. al.*, 2018, p. 515-516; SILVA, 2013, p. 451; ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018, p. 116-121).

Exemplifica-se a mudança com o citado caso da extensão do tratamento jurídico da aposentadoria especial da lei n. 8.213 aos servidores públicos civis. O Supremo Tribunal Federal (Mandado de Injunção n. 721) se decretou a mora legislativa em relação ao não-cumprimento do disposto no artigo 40, parág. 4º e determinou a aplicação da lei n. 8.213 enquanto não sobreviesse diploma específico.

O aspecto eficaz se refere aos efeitos que, regra geral, a decisão dimanada terá. Na ação de inconstitucionalidade por omissão, os efeitos são aqueles contidos na classificação do controle principal de constitucionalidade, quais sejam, efeitos vinculantes e gerais (*erga omnes*); por sua vez, o mandado de injunção redundará em efeitos que, regra geral, são entre os litigantes (*inter partes*), podendo ou não ser estendidos a sujeitos em mesmas circunstâncias.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como forma de ambientar o mandado de injunção, buscou-se expor as bases sobre as quais o modelo de Estado atual, o Estado Constitucional, foi construído, que são a justiciabilidade, a isonomia e a legalidade. A primeira base significa o monopólio da força e a racionalização da forma de compor conflitos através do Judiciário, que é a expressão da aplicação da técnica jurídica sobre a vida política.

A isonomia reside na relação entre instrumento e tratamento, isto é, que a lei será um instrumento através do qual será dispensado determinado tratamento jurídico aos sujeitos de direito, guardando-se as situações de *discrímen*, eis que a abordagem diferenciada de certos sujeitos advém do mesmo instrumento. A lei é aplicada a todos, mas a Lei pode tratar sujeitos de forma diferente.

A legalidade se refere ao núcleo do sistema jurídico e tem dois sentidos, a saber, o positivo, que significa que a lei permite, obriga ou proíbe certos comportamentos, voltado em especial ao setor público, e o negativo, que significa a possibilidade de fazer se não houver lei que proíba ou obrigue certas condutas, voltado em especial ao setor privado.

A partir da compreensão dos pilares, evidente que o legislador, ainda mais com o expansionismo das atribuições estatais, tem o dever de legislar sobre certos assuntos, assuntos estes constantes no texto constitucional. Tal dever se reporta à categoria jurídica poder funcional, pois há dever constitucional de fazê-lo conferindo-se ampla liberdade para disciplinar a matéria. Só há poder funcional de legislar se inferido da Constituição.

Conseqüentemente, onde houver dever de legislar, então haverá direito subjetivo à legislação, cuja titularidade é de todos e que permitem ao titular manejar a via judicial para ver as posições constitucionalmente inscritas conformadas pelo legislador.

Transportando-se as premissas para o mandado de injunção, este é concebido atualmente como o procedimento especial por meio do qual o interessado visa viabilizar o exercício de posições jurídicas inscritas no texto constitucional, inclusive aquelas inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, cuja omissão do poder funcional legislativo constitui óbice.

Seu objeto envolve omissão inconstitucional relacionada às posições constitucionais tuteladas por normas da Constituição não-autoaplicáveis, advinda do incumprimento do poder funcional de legislar, aqui entendido tanto para o legislador quanto para os órgãos que atipicamente exercem função normativa.

Como legitimados ativos estão os titulares das posições constitucionais e aqueles que a representam; por outro lado, legitimado passivo é todo órgão com atribuição constitucional típica ou atípica de editar norma regulamentar que viabilize o exercício das posições jurídicas constitucionais ou todo órgão que se ligue causalmente à inanição do editor da norma regulamentar.

Passou-se para seu processamento, que envolve a impetração do *writ* em conformidade estrutural e documental com a lei processual, sendo que o recebimento incorrerá na notificação do órgão impetrado, para que preste informações; após, haverá oportunidade para parecer do *parquet* e, com ou sem a quota ministerial, será o feito julgado.

A decisão, regra geral, tem efeitos *inter partes*, podendo haver expansão *ultra partes* ou *erga omnes* se o direito tutelado assim o exigir, sendo que o dispositivo determinará prazo para suprimento da lacuna normativa e a forma de exercício pelo impetrante da posição constitucional enquanto não colmatado o vazio.

Com relação à natureza da decisão, esta sofreu por três momentos quanto à carga eficaz preponderante: (i) eminentemente declaratória da ausência normativa; (ii) eminentemente mandamental quanto ao suprimento da lacuna e com breve teor constitutivo quanto à mora; e (iii) teores preponderantes são o mandamental, para colmatar a lacuna, e constitutivo, que se refere à constituição da mora legislativa e o seu suprimento imediato pelo Estado-Juiz.

Diante do panorama, igualam-se o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão quanto ao fato de serem instrumentos de fiscalização de inconstitucionalidade, particularmente a omissão inconstitucional.

Por outro lado, diferem-se pela via injuncional ser julgada por diversos órgãos judiciais, envolver o titular da posição constitucional ou quem o represente, tratar de toda e qualquer posição constitucionalmente inscrita no texto e que exija conformação infraconstitucional, com decisão cujos efeitos, regra geral, *inter partes* e que supre a omissão para resguardar o que titularizado; a via da ação de inconstitucionalidade por omissão é julgada pelo STF, envolve legitimados específicos, trata, também, de posições constitucionais, com decisão cujos efeitos são *erga omnes* e vinculam a Administração Pública e o Judiciário de todos os entes federados, restringindo-se a análise à omissão normativa, no plano abstrato.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano: vol. I*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Verbatim, 2018.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O direito pós-moderno e a codificação*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 94, p. 3-12, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. *Lições de Direito público*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Trad. Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro:

Forense, 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. *Lições de Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. E<sup>a</sup> ed. Milano. Giuffrè. 1981. Pp. 102-123. Tradução, com adaptações e modificações, do Professor Alcides Tomasetti Jr. Versão revista e bastante alterada em abril de 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e "habeas-data"*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MIRANDA, Jorge. *Fiscalização de constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 8. ed. São Paulo: Debate, 2003.

PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. *O titular das posições jusfundamentais*. Dom Helder Revista de Direito, v. 2, n. 2, p. 113-129, jan.-abr 2019.

\_\_\_\_\_. *O mínimo existencial é um direito subjetivo?* Disponível em: <https://felipepadua.jusbrasil.com.br/artigos/657995050/o-minimo-existencial-e-um-direito-subjetivo>. Acesso em 02 de jan. de 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações: tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Contrato social ou princípios de direitos políticos*. Trad. B. L. Viana. São Paulo: Cultura, 1944.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. *Comentários ao artigo 5º, inciso LXXI*. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; et. al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1982.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SIMÕES, Marcel Edvar. *Sistema jurídico e "fontes do Direito"*. *Lacuna e integração*.

in CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro – anotada: vol. I*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VASCONCELLOS, Manoel da Cunha Lopes (*et al*). *Digesto ou pandectas do Imperador Justiniano: vol. I*. 1. ed. São Paulo: YK, 2017.

Esse artigo é publicado sob a licença [Creative Commons Atribuição 4.0](#). Você tem o direito de: *Compartilhar* — copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato; *Adaptar* — remixar, transformar, e criar a partir do material para qualquer fim, mesmo que comercial. [Clique aqui](#) e saiba mais sobre essa licença.