

## O Mandado de Injunção como novo Remédio Jurídico Constitucional

Luís Roberto Barroso

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

O tema da omissão dos poderes públicos na edição de normas indispensáveis ao exercício de direitos conferidos na Constituição ocupou papel preeminente nos debates da Assembléia Nacional Constituinte. O mandado de injunção foi um dos institutos engendrados pelo constituinte para superar a crônica falta de efetividade de determinadas regras constitucionais que, em regimes passados, pareciam, desvalidas, por inércia do legislador em regulamentar os direitos delas decorrentes.

Estas breves notas procuram analisar a mecânica e explorar as potencialidades dessa garantia constitucional, até aqui subaproveitada, tanto por deficiências na sua utilização quanto por má vontade dos tribunais em relação à inovação. Cinco são os dispositivos constitucionais que regem o mandado de injunção. O primeiro, lançado no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, define-lhe os contornos. Os demais fixam as regras de competência originária e recursal para sua apreciação. Relembre-se:

“Art. 5.º 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.”

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal...:

I — processar e julgar, originariamente:

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;

II — julgar, em recurso ordinário:

a) o **habeas corpus**, o mandado de segurança, o **habeas data** e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I — processar e julgar, originariamente:

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.”

“Art. 121; § 4.º Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

V. denegarem **habeas corpus**, mandado de segurança, **habeas data** ou mandado de injunção.”

Assinale-se que esta concentração da competência nos tribunais superiores preenche finalidade importante, notadamente se se der ao mandado de injunção o conteúdo de um remédio destinado a sanar, para o caso concreto, a omissão legislativa. Isto porque, evitando-se a dispersão por diferentes níveis de órgãos judiciais, é possível manter uma uniformidade de critério na integração das lacunas, prevenindo-se, por esta via, decisões conflitantes ou não-isonômicas.

A primeira grande questão que se põe, na ordem cronológica, em relação ao mandado de injunção foi determinar se o novo remédio seria imediatamente aplicável ou se dependeria, para tornar-se efetivo, de norma que o regulamentasse, notadamente nos seus aspectos processuais. Não faltou quem cultivasse a ironia de sustentar que o instituto, criado precisamente para superar a paralisia resultante de normas constitucionais não auto-aplicáveis, não era em si auto-aplicável<sup>(1)</sup>. Prevaleceu, no entanto, assim na doutrina como na jurisprudência, tese oposta, considerando-se o novo **writ** como garantia prontamente utilizável, regendo-se, conforme o caso, pelo procedimento do mandado de segurança (Lei 1.533/51) ou pelo procedimento ordinário do Código de Processo Civil<sup>(2)</sup>.

São pressupostos, requisitos ou condições específicas para o pedido de injunção:

(a) indicação de um direito ou liberdade constitucional, ou de uma prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania cujo exercício esteja inviabilizado; e

(b) ausência de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa demandada.

Autor ilustre defendeu o ponto de vista de que o complemento “inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” restringe o alcance do mandado de injunção aos direitos individuais do art. 5.º e aos direitos políticos dos arts. 12 a 16, não podendo ser utilizado para tutela de direitos sociais.<sup>(3)</sup> Esta forçada interpretação literal é antes ideológica que científica, e não corresponde nem à história nem à teleologia do remédio jurídico introduzido. Em verdade, a leitura natural do dispositivo espelha-se na seguinte sistematização:

(I) direitos constitucionais;

(II) liberdades constitucionais;

(III) prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

Como não há cláusula restritiva, estão abrangidos todos os direitos constitucionais, sejam individuais, coletivos, difusos, políticos ou sociais. Aliás, é precisamente no campo dos direitos sociais que se registram os principais precedentes de omissão legislativa, em temas como seguro-desemprego e participação nos lucros das empresas. Note-se que dificilmente ocorrerá um caso de impetração de manda-

do de injunção para asseguramento de liberdades constitucionais, haja vista que elas se traduzem, normalmente, numa abstenção do poder público, ou seja, em hipóteses em que a omissão é o comportamento devido. Semelhantemente se passa com as prerrogativas referidas, em sua grande parte regidas por normas de eficácia plena, que prescindem de regulamentação. A rigor técnico, **direitos e liberdades** já englobam todas as situações jurídicas ativas ou de vantagem, pelo que se tornou ocioso o acréscimo que se fez para incluírem-se as prerrogativas.<sup>(4)</sup>

No que diz respeito à norma regulamentadora, pode ser ela de qualquer hierarquia — lei complementar, ordinária, regulamento, resolução, portaria, decisões administrativas normativas — desde que sua ausência inviabilize um direito constitucional.

Chega-se, neste passo, à questão crucial do objeto do mandado de injunção, cuja apreensão tem dividido os doutrinadores. Destina-se ele a obter o suprimento judicial da norma faltante ou a estimular a produção da norma pelo órgão competente?

HELY LOPES MEIRELLES<sup>(5)</sup> e JOSÉ DA SILVA PACHECO<sup>(6)</sup> sustentam que o mandado de injunção cumula as duas finalidades alvitradas acima. Segundo eles, na apreciação do writ poderá o Tribunal: (1) determinar à autoridade ou órgão competente que expeça a norma regulamentadora do dispositivo constitucional; ou (2) julgar o caso concreto, decidindo sobre o direito postulado e suprimindo a lacuna legal. Sem embargo da respeitabilidade de uma e outra opiniões, somente a segunda proposição parece acertada. É que não se ajusta aos lindes do instituto a idéia de determinar-se a quem quer que seja que expeça um ato normativo. Tal objeto aproxima-se mais da tutela a ser prestada na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Em linguagem precisa, o Ministro CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, em artigo doutrinário, estremeou os dois institutos:<sup>(7)</sup>

"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 adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de 30 dias (CF, art. 103, § 2.º). 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."

Em conseqüência, afigura-se fora de dúvida que a melhor inteligência do dispositivo constitucional (art. 5.º, 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 ou 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.<sup>(8)</sup> O objeto da decisão não é uma ordem ou uma 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. A função do mandado de injunção é fazer com que a disposição constitucional seja aplicada em favor do impetrante, "independentemente de regulamentação, e exatamente porque não foi regulamentada".<sup>(9)</sup>

O exame dos pressupostos e do objeto do mandado de injunção, tal como enunciados acima, fixa-lhe uma esfera delimitada de atuação, fato que infirma as apreensões dos que temiam uma amplitude incontrolável para a nova ação. Com efeito, não será cabível o pedido quando a norma constitucional for bastante em si mesma, isto é, quando ela for auto-aplicável. Tampouco deverá ser admitido antes de decorrido o prazo previsto na Constituição para elaboração da norma regulamentadora. Da mesma forma, se norma houver, o fato de ser ela insatisfatória não ensejará o ajuizamento do requerimento de injunção.<sup>(10)</sup>

A legitimação ativa para impetração da medida não destoa da regra geral: tem-na o titular do direito cujo exercício está obstado por falta de norma regulamentadora.<sup>(11)</sup> A legitimação passiva, no entanto, exige análise um pouco mais detalhada. Averte-se que o texto constitucional, como natural, instituiu o remédio, mas não detalhou sua aplicação. Isto deverá ser feito pelo legislador ordinário, de sorte que os comentários aqui deduzidos são lançados de **lege ferenda**, como sugestões temporárias para utilização do instituto, mas dependentes da regulamentação que se lhe venha a dar.

Duas construções me parecem razoáveis no tratamento da legitimação passiva. A primeira é a de que ela recairia sobre a autoridade ou órgão público a que se imputa a omissão, bem como, em litisconsórcio necessário, sobre a parte privada ou pública que viria a suportar o ônus de eventual concessão da ordem de injunção. Se, por exemplo, o Congresso se omitir em regulamentar um benefício constitucional outorgado aos seus segurados da Previdência Social, partes passivamente legitimadas seriam o Congresso e o INPS, a quem caberia, em última análise, suportar as conseqüências de eventual desfecho favorável ao impetrante. A segunda posição em relação a este tema é no sentido de que a legitimação passiva deve recair, **tout court**, sobre a parte à qual cabe prestar a obrigação decorrente da norma a integrar, ficando de fora o órgão que haja quedado inerte.<sup>(12)</sup> Mesmo que não figure como parte, parece-me de todo conveniente que se dê ciência ao responsável pela omissão, que poderá, inclusive, trazer elementos e informações relevantes para a decisão.<sup>(13)</sup>

Apresenta-se, a seguir, um levantamento da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria de mandado de injunção, desde o início da vigência da nova Constituição. Do conjunto de decisões até aqui proferidas, constata-se uma clara resistência ao instituto com interpretações que minimizam seu alcance como remédio jurídico constitucional.

De início, serenando ampla discussão doutrinária, decidiu o STF pela auto-aplicabilidade do art. 5.º inciso LXXI da Lei máxima, adotando-se, no que couber, o procedimento do mandado de segurança.<sup>(14)</sup> Todavia, rejeitando o ônus político de uma competência normativa que não desejava, pronunciou-se a Corte, pelo Ministro CELSO MELLO:<sup>(15)</sup>

“Com efeito, esse novo *writ* não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhes são institucionalmente estranhas.

O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. Não legitima, por isso mesmo, a veiculação de provimentos normativos que se destinem a substituir a faltante norma regulamentadora sujeita a competência, não exercida, dos órgãos públicos. O STF não se substitui ao legislador ou ao administrador que se hajam absterido de exercer a sua competência normatizadora. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder”.

Tal entendimento, a rigor, não era incompatível com a posição que se afigura mais acertada, qual seja, a de que o mandado de injunção enseja a que o Judiciário supra a omissão normativa no caso concreto sob apreciação, com efeito limitado às partes do processo. Sem embargo, pouco adiante, em decisão que se reporta ao julgamento do MI 107-3-DF,<sup>(16)</sup> esvaziou o STF a significação do mandado de injunção, ao equipará-lo à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Confira-se:<sup>(17)</sup>

É ele (o MI)... 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. 5.º, 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 dessa declaração**, para que se adote as providências necessárias, **à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão** (art. 103, § 2.º, da Carta Magna), com a determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais ou administrativos, se se tratar de direito constitucional oponível ao Estado, mas cujo exercício está inviabilizado por omissão deste” (grifo acrescentado).

Assim, de acordo com a interpretação da mais alta Corte, existem dois remédios constitucionais para que seja dada ciência ao órgão omissor do poder público, e nenhum para que se componha, em via judicial, a violação do direito constitucional da parte. A versão assim mesquinha do instituto mereceu a adesão surpreendente da pena ilustre — e outrora progressista — de SEPULVEDA PERTENCE, que ao relatar o MI 168-5-RS,<sup>(18)</sup> decidiu:

“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”.

De parte esta questão crucial, é relativamente ampla a jurisprudência acerca de outros temas suscitados pelo mandado de injunção. Em matéria de competência, já decidiu o STF que a ele não cabe processar e julgar originariamente os mandados de injunção requeridos contra Governador de Estado e Mesa de Assembléia Legislativa,<sup>(19)</sup> contra autarquias federais,<sup>(20)</sup> contra a União<sup>(21)</sup> e contra Ministro de Estado.<sup>(22)</sup> Já se assentou, igualmente, que até a edição de norma definindo a competência dos órgãos da Justiça federal, comum e especializada, relacionados na segunda parte do art. 105, I, h, da Constituição, caberá ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar os mandados de injunção, ressalvados os casos de competência do STF (art. 102, I, q)<sup>(23)</sup>.

Em tema de legitimação ativa e passiva, já se entendeu que associação de classe não pode requerer mandado de injunção **representando** seus associados.<sup>(24)</sup> Mas o STJ admitiu requerimento formulado por pessoa jurídica (sindicato) constituída há menos de um ano, fundado em que tal exigência só se aplica ao mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX, b).<sup>(25)</sup> Decidiu-se, também, que nos casos em que a iniciativa de uma lei seja privativa do Presidente da República, não pode a omissão legislativa ser imputada ao Congresso, que será, nesse caso, parte passiva ilegítima.<sup>(26)</sup> Semelhantemente, julgou-se não ter o INPS legitimidade passiva **ad causam** quando é do Congresso Nacional a competência para a aprovação das leis referidas no art. 59 do ADCT.<sup>(27)</sup>

O STF já se pronunciou, igualmente, pelo descabimento do mandado de injunção quando se tratar de dispositivo auto-aplicável;<sup>(28)</sup> quando o ajuizamento se der antes de decorrido o prazo constitucionalmente fixado para elaboração da lei regulamentadora,<sup>(29)</sup> bem como quando ocorrer a edição de norma supervenientemente ao pedido.<sup>(30)</sup> Tampouco será a injunção admitida para declaração judicial de vacância de cargo ou para compelir o Presidente a iniciar o procedimento para provê-lo,<sup>(31)</sup> nem para equiparação de vencimentos no âmbito da Administração Pública.<sup>(32)</sup> Naturalmente, se o direito alegado não tiver base constitucional, mas puramente ordinária, não poderá ser tutelado por via de injunção.<sup>(33)</sup>

Ao distinguir o mandado de injunção de outros remédios judiciais, notadamente do mandado de segurança, a jurisprudência do STJ assentou não ser a injunção ação de cognição com a finalidade de estabilizar direito que se diz incerto.<sup>(34)</sup> Decidiu, também, que o fato de a autoridade recusar-se a aplicar uma norma auto-aplicável não lhe retira tal qualidade,<sup>(35)</sup> pelo que, em tal hipótese, por inexistir lacuna legislativa, caso não é de injunção, mas de mandado de segurança.<sup>(36)</sup> A mesma Corte cuidou de deixar claro não ser o mandado de injunção a via própria para fazer cumprir lei já existente.<sup>(37)</sup>

Em ações em que servidores do Ministério da Agricultura e do Ministério do Trabalho, fundados no art. 39, § 1.º da Constituição, pleiteavam, por via de mandado de injunção, isonomia salarial, firmou o STF o princípio de que se havia lei preexistente à nova ordem jurídica, não seria o caso de se falar em omissão. Se a lei existente satisfaz ou não os ditames constitucionais não é situação comparável à falta de norma jurídica, e a inconstitucionalidade eventual de norma em vigor não comporta correção por meio de mandado de injunção.<sup>(38)</sup>

Por fim, tem decidido o STJ que se o Executivo encaminhou Mensagem com projeto de lei ao Congresso — nos casos de iniciativa do Presidente — ou se projeto de lei já foi apresentado na Câmara ou Senado, descabe mandado de injunção.<sup>(39)</sup> Este foi o fundamento pelo qual se rejeitaram pedidos (i) de procuradores autárquicos que reclamavam omissão do Presidente da República em encaminhar ao Congresso projeto dispo do sobre a Advocacia Geral da União (art. 29, § 2.º do ADCT),<sup>(40)</sup> (ii) de Defensor Público em relação à lei a que se refere o art. 22 do ADCT<sup>(41)</sup> e (iii) de aposentados e pensionistas da previdência social em relação ao art. 201, V, §§ 5.º e 6.º.<sup>(42)</sup> Assinale-se que em ação de inconstitucionalidade por omissão, a mesma tese foi seguida pelo STF, que julgou prejudicado o pedido por haver o Executivo encaminhado ao Congresso o projeto de lei previsto no art. 29, § 2.º do ADCT.<sup>(43)</sup>

## CONCLUSÕES

1. O mandado de injunção é remédio jurídico auto-aplicável. Não obstante, o texto constitucional, como natural, não detalhou sua aplicação. Assim, restam em aberto diversos aspectos carentes de regulamentação. As idéias acima expostas expressam o melhor alcance do instituto na ótica do autor, mas são lançados de *lege ferenda*, como sugestões temporárias para utilização da nova ação, até que o legislador venha dispor a respeito.

2. O mandado de injunção não se destina à obtenção de uma decisão que recomende ou ordene ao órgão ou autoridade omissos que expeçam a norma regulamentadora do dispositivo constitucional. Recomendação dessa natureza é objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão, que constitui instituto diverso.

3. O mandado de injunção é um instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficientes ou 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.

4. A legitimação ativa para impetração do mandado de injunção não destoa da regra geral: tem-na o titular do direito cujo exercício está obstado por falta de norma regulamentadora.

5. Já a legitimação passiva há de recair sobre a pessoa, natural ou jurídica, à qual calba prestar a obrigação decorrente da norma a integrar. O órgão ao qual se imputa a omissão deverá ser igualmente cientificado, seja para integrar o pólo passivo como litisconsorte, seja para trazer elementos e informações relevantes para a decisão.

6. Ao representante judicial da entidade estatal à qual se imputa a omissão caberá sempre oficiar nos mandados de injunção. Assim, se a omissão for atribuída a órgão público estadual, caberá ao Procurador do Estado elaborar as informações a serem portadas aos autos.

7. O Supremo Tribunal Federal, ao dar ao mandado de injunção a mesma finalidade da ação de inconstitucionalidade por omissão — a de dar ciência ao órgão omissor — esvaziou-o de conteúdo, e até de sentido. De acordo com esta interpretação da mais alta Corte, voltada para a inefetividade da nova ação, existem **dois** remédios constitucionais para que seja dada ciência da omissão ao órgão público apontado, e **nenhum** para que se componha, em via judicial, a violação do direito constitucional da parte.

## NOTAS

(1) Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "Notas sobre o Mandado de Injunção", in **Reperitório IOB de Jurisprudência**, 2.ª quinzena de outubro de 1988, p. 297. Veja-se, também, no mesmo sentido, o parecer da Procuradoria Geral da República, firmado pelo Procurador Inocêncio Mártires Coelho, nos autos do Mandado de Injunção 107-3 DF (cuja conclusão, no particular, não foi aprovada pelo Procurador-Geral).

(2) V. Carlos Mário da Silva Velloso, "As Novas Garantias Constitucionais", in RT 644/7, p. 13-14 e Nagib Slaibi Filho, **Anotações à Constituição de 1988**, 2.ª ed., Ed. Forense, 1989, p. 270. Sobre a Jurisprudência do STF na matéria, v. nota 10, infra. V. tb. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, art. 216.

(3) Manoel Gonçalves Ferreira Filho, **ob. cit.**, p. 295.

(4) J. C. Barbosa Moreira dá a esta cláusula final do dispositivo uma interpretação original e ampliativa. Segundo ele, as prerrogativas referidas na norma estendem-se mesmo àquelas não diretamente contempladas no texto constitucional, mas, sim, em alguma norma de nível hierárquico superior, carente de regulamentação (Palestra realizada na Associação dos Magistrados da Guanabara, em 26.06.89, com texto em vias de publicação pela **Revista Forense**).

(5) "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data", 1989, p. 141.

(6) "O Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas", Ed. RT, 1990, p. 251.

(7) **Ob. cit.**, p. 14.

(8) Neste sentido, confirmam-se: José Afonso da Silva, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 5.ª ed. Ed. RT, p. 388; Carlos Mário da Silva Velloso, **ob. cit.**, p. 14; Celso Agrícola Barbi, "Ainda o Mandado de Injunção", in **Jornal do Brasil**, 2.12.88; Nagib Slaibi Filho, **ob. cit.**, p. 366.

(9) José Afonso da Silva, **ob. cit.**, p. 388.

(10) J. C. Barbosa Moreira, v. nota 4, supra.

(11) V. J. J. Calmon dos Passos, **Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Constituição e Processo**, 1989, p. 116.

(12) E este o entendimento de Sergio Bermudes, que em linguagem taxativa lavrou: "Nem há razão por que se haverá de trazer a autoridade ao processo, quando a sentença concessiva da injunção limitará seus efeitos ao impetrante, não se estendendo, pela falta de regra que lhe empreste efeito abrangente, a quem não tiver sido parte do processo" ("O Mandado de Injunção", in **Revista dos Tribunais**, 642/20, 24).

(13) Aos que pensam desse modo, as referências que os dispositivos da Constituição fazem aos órgãos aos quais se imputa a omissão (e.g. arts. 102, I, g e 105, I, h) não os identifica como sujeitos passivos da medida, cuidando tão-somente de estabelecer a competência para o seu processamento. Assim, por exemplo, se a norma regulamentadora faltante for lei federal — e, portanto, sendo a omissão do Congresso Nacional — a competência para julgar o mandado de injunção será do Supremo Tribunal Federal. (14) MI 107-3-DF, j. 23.11.89, Rel. Min. Moreira Alves, D. J. 28.11.89, p. 17614. Decorridos mais de seis meses de tal decisão, em que também se definem os contornos do novo instituto, não foi ainda publicada a íntegra do acórdão. A auto-aplicabilidade do mandado de injunção, todavia, foi reconhecida em diversos casos subseqüentes (e.g. MI 59-0-DF e MI 159-6-RJ, publicados no D. J. 5.12.89, p. 17902).

\*N.R.: O acórdão do MI 107-3-DF veio a ser publicado no D.J. 21.09.90, cuja Integra se encontra nesta edição.

- (15) MI 191-0-RJ, D. J. 1.º 02.90, p. 280.  
(16) MI 42-5-DF, Rel. Min. Moreira Alves, D. J. 7.02.90, p. 507. Sobre o MI 107-3-DF, v. nota 10 supra.  
(17) **Idem.**  
(18) D. J. 20.04.90, p. 3047.  
(19) MI 7-AM, RTJ 126/871.  
(20) MI 85-9-SE, D. J. 8.11.89, p. 16789.  
(21) MI 171-5-RS, D. J. 14.02.90, p. 815.  
(22) MI 157-0-RS, D. J. 20.04.90, p. 3047 e MI 197-9-SP, D. J. 27.04.90, p. 3422.  
(23) MI 12-SP, D. J. 25.09.89. A disciplina constitucional dessa competência se limita, naturalmente, aos órgãos da Justiça federal, superior e inferior, sem menção à Justiça estadual. No Rio de Janeiro, a Constituição do Estado, em seu art. 158, IV, g, atribui competência ao Tribunal de Justiça para processar e julgar o "mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade estadual, da administração direta ou indireta".  
(24) MI 23-9-DF, D. J. 5.03.90. Tratava-se de MI requerido pela Associação dos Empregados do Estado do Rio de Janeiro em que, curiosamente, pedia-se a não aplicação dos incisos XIII, XIV e XV do art. 7.º da CF/88 — relativos à redução da jornada de trabalho — até que regulamentados por legislação ordinária.  
(25) MI 19-DF, D. J. 11.06.90, p. 5347.  
(26) MI 142-1-SP, D. J. 14.03.90, p. 1778.  
(27) MI 38-SP, D. J. 21.06.90, p. 5818.  
(28) MI 74-3-SP (RT 646/173), assim ementado: "MI para assegurar anistia da correção monetária de dívida de microempresa. Art. 47 do ADCT. O dispositivo transitório prevê meticulosamente as condições para concessão do benefício, não havendo como cogitar de norma regulamentadora de sua aplicação aos casos concretos". No mesmo sentido, versando o art. 6.º, § 1.º do ADCT, a decisão no MI 15-8-DF (D. J. 16.12.88).  
(29) MI 60-3-DF, D. J. 9.03.90 (o dispositivo referido é o art. 24 do ADCT, que prevê o prazo de 18 meses para a edição de leis de implementação do regime jurídico único dos servidores, instituído pelo art. 38 da Constituição).  
(30) MI 16-DF, RTJ 127/1.  
(31) MI 14-0-DF, D. J. 18.11.88.  
(32) MI 193-6-RJ, D. J. 28.05.90, p. 4680, onde se faz referência ao MI 81-6-DF, D. J. 24.04.90.  
(33) MI 89-1-RJ, D. J. 16.05.90 (pedido de edição de norma federal que devolva aos policiais militares do antigo Distrito Federal paridade com as Forças Armadas).  
(34) MI 34-DF, D. J. 7.12.89, p. 18012.  
(35) MI 226-6-PI, D. J. 3.04.90, p. 2507.  
(36) MI 15-DF, D. J. 4.09.90, p. 14029.  
(37) MI 31-SP, D. J. 3.05.90, p. 3649.  
(38) MI 60-3-DF, D. J. 9.03.90, p. 1610 e MI 81-6-DF, D. J. 30.03.90, p. 2342. Em sentido contrário e com melhores fundamentos, veja-se Sergio Bermudes (ob. cit., p. 21): "Nessa hipótese (em que a norma regulamentadora seja inconstitucional), a situação será equiparável à da ausência de norma, pela ineficácia da regra de direito contrária à Constituição. Aqui, admite-se a injunção, cabendo ao legitimado impetrá-la, arguindo a inconstitucionalidade e, por isso, a ineficácia da norma regulamentadora."  
(39) Esta posição merece um temperamento, relativamente à parte que seja capaz de demonstrar que a tutela do seu direito não pode aguardar a expedição da norma regulamentadora, sob pena de dano irreparável (v. Sergio Bermudes, ob. cit., p. 23).  
(40) MI 193-6-RJ, D. J. 28.05.90, p. 4680.  
(41) MI 96-4-DF, D. J. 1.º.03.90, p. 1320.  
(42) MI 215-1-RJ, D. J. 16.03.90, p. 1870.  
(43) ADIn 130-2-DF, D. J. 1.º.02.90, p. 275.

## A Proibição de Analogia no Direito Tributário \*

Ricardo Lobo Torres  
Professor de Direito Financeiro nas Faculdades  
de Direito das Universidades do Estado do Rio  
de Janeiro e Gama Filho

### SUMÁRIO

1. A polêmica sobre os limites da integração. 2. O conceito de analogia. 3. A proibição de analogia desfavorável ao contribuinte. 4. A permissão de analogia. 5. Conclusão.

#### 1. A polêmica sobre os limites da integração

Reuniu-se em 1981 a Associação Alemã de Direito Tributário para discutir o tema dos limites da integração em direito tributário.

O Prof. Ruy Barbosa Nogueira fez publicar, no vol. 3 da coletânea **Direito Tributário Atual**, o relatório de K. TIPKE<sup>(1)</sup> sobre aquele encontro, acompanhado do painel de conteúdo de H. W. KRUSE<sup>(2)</sup> e precedido de seus comentários sobre o fato gerador e a integração por analogia<sup>(3)</sup>.

A publicação do Instituto Brasileiro de Direito Tributário, pioneira entre nós e contemporânea à divulgação promovida por prestigiosas revistas estrangeiras<sup>(4)</sup>, teve o mérito de chamar a atenção para a importante polêmica que se iniciava na Alemanha.

O objetivo do presente trabalho, dentro do curso sobre o **Direito Tributário Atual**, organizado pelo Instituto de Direito Tributário, sob os auspícios da Universidade de São Paulo, é atualizar as informações sobre a polêmica que continuou a lavrar no meio universitário alemão a respeito da permissão de analogia desfavorável ao contribuinte, que dê nascimento a um débito tributário.

#### 2. O conceito de analogia

Antes, porém, é necessário que se fixe o conceito de analogia utilizado nos debates.

Prevaleceu a tese de LARENZ<sup>(5)</sup>, tão importante para a doutrina e para a jurisprudência alemãs<sup>(6)</sup>, segundo a qual a analogia é forma de **preenchimento de lacuna**, entendida esta como incompletude contrária ao plano do legislador (**planwidrige Unvollständigkeit**). A analogia opera além da possibilidade expressiva da letra da lei, estremando-se dos métodos de interpretação<sup>(7)</sup>.

A analogia, como forma de integração ou complementação do direito corresponde ao **argumentum a simili**, consistindo na aplicação

\* Separata da **Revista de Informação Legislativa**, a. 25, n.º 100, out./dez. 1988.