

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E O MANDADO DE INJUNÇÃO – instrumentos de controle das omissões inconstitucionais

***Matheus de Sousa Costa**

Estudante de Direito da Faculdade de Direito de Ipatinga – Minas Gerais

****Regiane Bergami Rocha**

Estudante de Direito da Faculdade de Direito de Ipatinga – Minas Gerais

Resumo

Buscou-se a análise das chamadas violações constitucionais negativas, verificadas em ocasiões quais os indivíduos componentes da sociedade necessitam fazer exercício de determinadas prerrogativas admitidas em lei, porém, devido à inércia legislativa, concretizam-se situações no mundo real qual o direito que fora anteriormente atribuído é impossível de ser exercido. Nesse sentido, diante de tal impossibilidade, são elaborados mecanismos para solucionar esta lacuna legislativa, quais sejam o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Apesar de ambos os instrumentos possuírem finalidade similar e atuarem frente à mesma situação, a violação constitucional negativa, estes possuem diferenças cruciais em sua aplicabilidade, pois existem diferenças substanciais em sua criação e em sua atuação. Diante disso, o presente estudo buscou compreender a ação destes dois diferentes artifícios que visam preencher a omissão inconstitucional do legislador, compreendendo suas particularidades, situações de atuação e semelhanças, analisando de forma sistêmica o modo com qual o gozo do direito será viabilizado em benefício do seu titular.

Palavras-chave: Mandado de Injunção. Omissão legislativa. Inconstitucionalidade por omissão. Constituição Federal.

1 INTRODUÇÃO

Analisando a evolução da concepção de Estado, qual o ser humano se organizou através dos tempos, foram superadas diversas etapas até desencadear o sistema disposto atualmente, em que a ideia de democracia tornou-se o centro da organização estatal, para que fosse plenamente viável que todos os indivíduos componentes do corpo social façam devido exercício da liberdade.

O Estado Constitucional, modelo de organização social que tem seu advento na história moderna, tem a concentração de seu poder político voltado para o povo, consolidando a ideia de soberania popular. A partir de tal envergadura, qual dispõe o modelo contemporâneo de atuação estatal, nada mais coerente que a

implementação de meios efetivos que garantam o exercício de direitos essenciais ao cidadão, mesmo quando existir algum cenário desfavorável para tal situação.

A inércia do Poder Público em adotar as medidas necessárias à realização concreta dos ditames constitucionais ocasiona a inequívoca violação negativa¹ do texto da Carta Magna, o que gera a inconstitucionalidade por omissão.

A fim de combater esse gravíssimo comportamento estatal de omissão inconstitucional que inviabiliza a fruição de direitos previstos na Constituição, o poder constituinte originário fez constar dois instrumentos jurídicos que visam resguardar a supremacia e concretização de direitos previstos na Constituição: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Cabe ressaltar todo o esforço que é desenvolvido no ordenamento jurídico brasileiro para tratar sobre a natureza desses instrumentos de controle de omissão inconstitucional, tendo em vista a problemática pertinente ao tema.

Embora ambos os instrumentos cuidem do mesmo assunto – a inércia legislativa – os dois institutos não se confundem. Adiante, serão esclarecidas as particularidades e as diferenças entre os instrumentos de controle das omissões inconstitucionais.

Dessa maneira o presente artigo buscará analisar o controle da omissão inconstitucional, através dos instrumentos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, que são instrumentos fundamentais para a concretização da força normativa da Constituição.

2 DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

A omissão inconstitucional do legislador decorre da inércia ou silêncio ao descumprir obrigação constitucional de legislar. Esse tipo de inércia (*non facere*) é ilegítima por parte do Estado. Resulta, portanto, um comportamento incompatível com a

¹Violação negativa da Constituição refere-se a inercia de determinado órgão apontado como competente, sendo atribuído a este o dever de legislar sobre determinada matéria carente de regulação, infringindo a Carta Magna a partir da ausência da atuação necessária.

obrigação constitucional de legislar imposta ao Poder Público pela própria Constituição.

Com efeito, a Constituição exige do legislador ordinário a edição de normas regulamentadoras para que se torne viável o exercício de determinados direitos nela assegurados, conforme preceito de José Afonso da Silva são as normas constitucionais de eficácia limitada, compreendendo as normas declaratórias de princípio institutivo e programáticas.

Assinala-se, no entanto, que não é qualquer lacuna constitucional que acarretará a inconstitucionalidade por omissão. O legislador dispõe de ampla discricionariedade para regulamentar a norma, configurando-se ilegítima a abstenção legislativa quando a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma regulamentadora do texto constitucional e não o faz em tempo razoável. Na percepção de Zeno Veloso,

Se o prazo para a emissão da lei não estiver prefixado na Carta Magna, não sendo curial supor-se que a apatia possa se eternizar, cabe ao Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, avaliar se o tempo razoável já não terá decorrido, para que a providência tivesse sido tomada. (ZENO VELOSO, 2000, p.252)

Ademais, a omissão constitucional do legislador pode ser total ou parcial. Na omissão total a inércia é integral ocorrendo absoluta falta de ação do poder competente, enquanto a omissão parcial decorre da abstenção em parte, ou seja, apesar do Poder Público atuar, o faz de maneira incompleta sem atender a real exigência da Constituição.

3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Com objetivo de dar efetividade às normas constitucionais que dependem de complementação diante da conduta negativa do Poder Público omissor, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO, é modalidade abstrata de controle de omissão por parte do órgão competente da elaboração normativa.

Prevista na Constituição de 1988 como modalidade de controle concentrado de constitucionalidade e inspirada no artigo 283 da Constituição de Portugal, é instrumento hábil a ser utilizada dada a inércia do legislador ou órgão administrativo que não edita norma regulamentadora de Direito estabelecido na Constituição.

Assim, prescreve o artigo 102, parágrafo 2º da Constituição:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Em consonância com tal preceito e conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não se limita apenas a omissão legislativa, alcançando, ainda, a omissão administrativa proveniente de órgãos administrativos que devam regulamentar a edição de atos administrativos em geral a fim de concretizar as disposições constitucionais.

Considerando a inércia da administração, esta pode decorrer da abstinência na consecução de um ato administrativo concreto, como também, da não edição de um ato normativo, quais sejam, regulamentos, portarias etc.

Para Zeno Veloso:

Mas não é qualquer falta de providência de órgãos públicos que pode legitimar a intervenção do Judiciário, em sede de ação de inconstitucionalidade por omissão, mas somente a ausência de medidas de cunho normativo, ou seja, de atos administrativos normativos, que são os que contêm regras gerais e abstratas, não sendo leis, em sentido formal, mas apresentando-se como leis, no aspecto material, a ação governamental, no sentido de realizações, tarefas, obras, programas administrativos, está fora do âmbito da inconstitucionalidade por omissão. O STF fixou a extensão do art. 103, § 2º, da CF, esclarecendo que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não pode ser proposta para que seja praticado um ato em caso concreto, mas sim para que se supra a omissão de medida de caráter normativo, necessária para o cumprimento do preceito constitucional – RT 645/184. (ZENO VELOSO – 2000 – P. 251)

No que tange aos aspectos referentes ao processo e julgamento da ação direta de constitucionalidade por omissão, são aplicáveis as características da ação direta de inconstitucionalidade genérica – ADI, ressalvados apenas alguns aspectos, tais como o objeto e procedimento. Vejamos algumas peculiaridades a seguir.

3.1 Legitimidade

Com advento da Lei nº 12.063/2009 inserindo o artigo 12-A na Lei 9.868/1999, o que antes era apenas previsto no entendimento doutrinário e jurisprudencial, hoje é norma positiva que estipula expressamente os legitimados a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Equiparou-se, portanto, que podem propor a referida ação, os mesmos legitimados a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, conforme previsto no artigo 103, incisos I a X, da Constituição Federal (Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional).

Entretanto, uma ressalva faz-se necessária. Deve ser examinado o caso concreto levando em consideração o ato omissivo questionado, a fim de evitar a contradição de o legitimado ativo provocador ser simultaneamente o destinatário da ordem de fazer em caso de procedência da ação. Neste caso, quando a omissão lhe é própria, não há de conferir a ele o direito de provocar a Corte.

De outro lado, alguns dos legitimados ativos previstos pela Constituição, sujeitam-se ao exame da pertinência temática, devendo comprovar a existência da relação entre a omissão inconstitucional e suas áreas de atuação, submetendo-se a esse critério objetivo de qualificação da legitimidade *ad causam*: a Mesa de assembleia legislativa ou da câmara legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal e a confederação sindical ou a entidade de classe de âmbito nacional.

Na legitimidade passiva, os requeridos são os órgãos ou autoridades competentes omissas que deixaram de cumprir o dever que lhes foi constitucionalmente imposto.

Nesse sentido, nunca será os particulares, tendo em vista a impossibilidade de eles suprirem a ausência da regulamentação.

3.2 Concessão de medida cautelar

Anteriormente a edição da Lei nº 12.063/2009 não havia o que se falar em cabimento de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Todavia, diante da inovação, a lei trouxe a possibilidade expressa de concessão de medida cautelar em seu artigo 12-F, o que pacificou o entendimento, tanto em se tratando de omissão total quanto em omissão parcial. Cumpre trazer à colação o dispositivo da lei, *in verbis*:

Artigo 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

Nesse contexto, pode o relator determinar no prazo de três dias a oitiva do Procurador-Geral da República quando ele assim julgar indispensável. Ademais, cumpre salientar que na forma do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, será facultada a sustentação oral aos representantes do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional.

Por fim, quanto aos efeitos da medida cautelar leciona Dirley da Cunha Junior:

A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal (CUNHA JUNIOR, 2011, p.393).

3.3 Efeitos da decisão no controle abstrato

Ainda hoje, são bastante tímidos os efeitos da decisão de procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A referida decisão tem conteúdo e alcance previstos no art. 103, § 2º, da Constituição. Desse modo, determina-se que seja cientificado o Poder competente para a adoção das providências necessárias,

e, em se tratando de atribuições de natureza administrativa, para fazê-lo no prazo de trinta dias. Trata-se de decisão de caráter mandamental e obrigatório.

Contudo, a separação dos poderes impede que o Supremo Tribunal Federal atue como legislador positivo. Nesse sentido, em decisão proferida no Supremo Tribunal Federal no MI n. 107 dispôs que “a Corte não está autorizada a expedir uma norma para o caso concreto ou a editar norma geral e abstrata, uma vez que tal conduta não se compatibiliza com os princípios constitucionais da democracia e da divisão de Poderes”.

Vê-se, pois, que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui reduzidos efeitos práticos.

Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser tomadas no prazo de trinta dias ou em prazo razoável a ser estipulado pelo Supremo Tribunal Federal, levando-se em consideração as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido. É relevante destacar que essa decisão de natureza mandamental é percebida com maior intensidade em relação ao órgão administrativo que terá fixado o prazo de trinta dias para sanar a omissão ou outro prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal. A respeito disso, Gilmar Mendes assinala:

No que concerne à omissão administrativa, deverá o órgão administrativo ser cientificado para atuar em trinta dias. Considerando o quadro diferenciado que envolve a omissão de ato administrativo, afigura-se algo ilusório o prazo fixado. Se se tratar de edição de ato administrativo de caráter regulamentar, muito provavelmente esse prazo há de revelar-se extremamente exíguo. Em outros casos, que demandem realização de medidas administrativas concretas (construção de escolas, hospitais, presídios, adoção de determinadas políticas complexas etc.), esse prazo mostra-se ainda mais inadequado. (MENDES, 2014, p. 1096)

Por outro lado, se a omissão for de um dos Poderes do Estado, não há que se falar em fixação de prazo para sanar a regulamentação da norma. Ocorre nesse caso, decisão de caráter puramente mandamental que impõe ao legislador dentro de um prazo razoável, o dever de suprir o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão.

A decisão sobre a inconstitucionalidade por omissão somente será tomada presente na sessão de julgamento o número mínimo de oito ministros, e, ainda, segundo o artigo 23 da Lei n. 9868/99, é necessária à manifestação de pelo menos seis ministros para que o pedido seja julgado procedente.

Ademais, a decisão em sede de ação de inconstitucionalidade por omissão é irrecorrível, ressalvada apenas a hipótese de embargos declaratórios, não podendo, ainda, ser objeto de ação rescisória.

Após o julgamento procedente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cabe ressaltar que por motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, poderá o Supremo Tribunal Federal por maioria de dois terços de seus membros, modular os efeitos temporais de sua decisão, restringindo seus efeitos ou decidindo que ela só possua eficácia a partir de seu trânsito em julgado (*ex nunc*) ou outro momento que venha a ser estabelecido.

Assim, foi reconhecido no julgamento da ADI 3.682, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, a possibilidade de concessão de efeitos retroativos na decisão de inconstitucionalidade por omissão,

considerando que o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão pode ter produzido efeitos no passado – sobretudo por se tratar de omissão legislativa – faz-se mister, muitas vezes, que o ato destinado a corrigir a omissão inconstitucional tenha caráter retroativo.

Em regra, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, possui eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

4 MANDADO DE INJUNÇÃO

A partir da violação da Constituição Federal, realizada pela conduta negativa da autoridade competente de legislar sobre determinada matéria, que impreterivelmente necessita de regulação, criou-se o instituto do mandado de injunção. Pode-se

perceber a luz do direito comparado, que em vários outros ordenamentos jurídicos, adota-se o mecanismo da injunção, porém, o sistema que mais assemelha-se com o disposto no ordenamento constitucional brasileiro, é o sistema da *common law*, pois este é um remédio outorgado, mediante juízo competente, quando o direito comum não oferece proteção suficiente para aplicação de determinada norma.

Assim como na *injunction* inglesa, o julgamento do mandado de injunção, derivado do caso concreto, não é autônomo em relação ao ordenamento jurídico, não é por haver a falta de norma reguladora que o judiciário terá o poder de legislar de maneira independente, devendo a decisão basear-se em ambos os casos, tanto no direito inglês, quanto no brasileiro, em princípios gerais do direito, valores jurídicos que garantem a ordem social e na norma jurídica vigente.

O mandado de injunção, juntamente com outros mecanismos, faz parte da categoria dos meios à disposição dos cidadãos para provocar a intervenção do poder do Estado, com o objetivo de sanar algum possível descompasso que torne impossível o exercício de direitos elencados na Constituição Federal, são os chamados remédios constitucionais.

Tais garantias constitucionais são ações destinadas a assegurar direitos violados, ou com grande probabilidade de serem violados, ou simplesmente não atendidos, como apresenta o caso do mandado de injunção, que tem por objetivo sanar uma lacuna jurídica, existente pelo fato de alguma norma de eficácia limitada não possuir norma reguladora, para tornar exequível o exercício de determinado direito, liberdade ou prerrogativa, como expresso no artigo 5º, inciso LXXI, que elenca o conceito de tal remédio: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Pode-se concluir desta forma, que para impetrar o mandado de injunção, é indispensável a ausência de norma regulamentadora, para a viabilização do exercício de determinado artifício elencado na constituição. Apresenta desta maneira, uma problemática sobre qual espécie legislativa poderia ser considerada uma norma regulamentadora, qual a espécie de ato que seria necessário para tornar

viável exercício impossibilitado por falta de complementação na norma de eficácia limitada.

Em uma interpretação extensiva, considera-se norma regulamentadora qualquer providencia que apresente suporte suficiente para o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa que apresenta seu exercício inviável pela falta de regulação. Qualquer ato legislativo do poder competente ou então alguma providencia administrativa, decreto, instrução, portaria, por exemplo, que viabilize o direito do cidadão, sanando a lacuna apontada na constituição perante algum caso concreto.

Há também a possibilidade de cabimento do mandado de injunção, não apenas diante da omissão total do poder competente a legislar, mas também diante de uma omissão parcial, de acordo com o entendimento de Willis Santiago Guerra Filho:

Não só quando houvesse falta de normas completas para regular o caso concreto, mas também quando se verificasse a “omissão parcial”, em havendo norma que regulasse de forma insuficiente certo direito ou prerrogativa constitucional, que não estariam regulamentados com efetividade, por não se atender plenamente ao estabelecido na nova Constituição. (GUERRA FILHO, 2006, p. 262)

4.1 Legitimidade

Além do fato de ser indispensável a falta de regulação para a efetividade do direito elencado, é necessário no mais das vezes, para a impetração do mandado de injunção, que o autor da ação seja o beneficiário do direito, liberdade ou prerrogativa requerida frente ao judiciário, podendo este ser pessoa física ou jurídica.

Existem duas hipóteses que apresentam a possibilidade do polo ativo não ser diretamente o indivíduo que impetra o mandado de injunção, ocorre quando este é disposto em benefício de um grupo determinado, ocorre assim o caso do mandado de injunção coletivo, pois mesmo não tendo disposição expressa na Constituição Federal, pode ser admitido, segundo jurisprudência do STF, possuindo como legitimados ativos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, entidade de classe e associações regularmente constituídas em defesa de seus membros ou associados, e em funcionamento a pelo menos um ano.

Os legitimados para a impetração do mandado de injunção coletivo são designados por analogia segundo outro remédio constitucional, o mandado de segurança, onde sua modalidade coletiva está expressa no artigo 5º, inciso LXX da Constituição Federal, mas além destes, o mandado de injunção coletivo também possui de maneira especial, como legitimado ativo, o Ministério Público, quando no caso concreto, o interesse não apreciado pela ausência de regulação for algum direito difuso, sendo esta a segunda situação qual há possibilidade de impetração do mandado de injunção não ser diretamente o titular do direito qual se requer tutela.

O mandado de injunção poderá ser impetrado apenas como legitimado passivo pessoa estatal, nunca contra pessoa física ou jurídica, pois é atribuído o dever de legislar somente ao Estado, como dispõe a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal:

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 da emanção de provimentos administrativos. (AGRMI n. 335-DF, Rel. Min. Celso de Mello)

A partir da compressão a respeito dos legitimados ativos e passivos do mandado de injunção, deve-se apontar também aqueles legitimados a realizarem o julgamento do pedido disposto, que possuem a competência para análise jurídica da injunção, frente à impossibilidade do exercício de certos direitos, liberdades ou prerrogativas. O julgamento do mandado de injunção possui a competência *ratione persone*, de acordo com a omissão apresentada no caso concreto, definir-se-á o órgão julgador responsável.

Os legitimados a julgar estão expressos na Constituição Federal no artigo 102, inciso I, alínea “q”, que aponta as hipóteses de julgamento do mandado de injunção de responsabilidade do Supremo Tribunal Federal, no artigo 105, alínea “h”, elenca as omissões que derivam o discutido mandado, que são de responsabilidade do Supremo tribunal de Justiça. Encontra-se ainda na Constituição Federal, em seu artigo 121, § 4º, inciso V, que compete ao Superior Tribunal Eleitoral, julgar em grau de recurso, as decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais que denegarem mandado de injunção.

4.2 Decisão e seus efeitos

A decisão do mandado de injunção possui o caráter constitutivo mandamental, pois trata-se de uma decisão que deve viabilizar o exercício do direito reclamado e ordenar de que maneira ocorrerá a aplicação do mesmo, pois a falta de norma regulamentadora que impede o exercício de algum direito, liberdade ou prerrogativa expresso na Constituição, apresenta-se como objeto a ser sanado no instituto do mandado de injunção no ordenamento jurídico brasileiro.

O judiciário deve a partir disso, criar uma norma jurídica individual, para atender a demanda do caso concreto, estabelecendo a maneira com que esse direito deve ser aplicado, não comprometendo assim o princípio da separação dos poderes, que garante a organização e a liberdade política e social da nação democrática, pois a norma elaborada pelo judiciário será apenas para atender o caso concreto e definir os parâmetros de aplicação deste.

Salienta Jose Afonso da Silva a respeito do conteúdo da decisão deste remédio constitucional: “O conteúdo da decisão consiste na outorga direta do direito reclamado. Compete ao juiz definir as condições para a satisfação direta do direito reclamado e determiná-la imperativamente”.

Afirmando qual efeito da decisão do mandado de injunção, surgiu-se a partir de então, diversas contradições a respeito deste assunto, pois se debatia o fato da elaboração de uma nova norma aplicada pelo judiciário, estaria usurpando a função precípua do poder legislativo. Diante disso, diversas vertentes passaram a defender a ideia que por meio deste remédio constitucional, o judiciário não teria a competência para elaborar uma nova norma regulamentadora, devendo por meio deste, apenas dar ciência da mora ao órgão competente. Desta forma, o mandado de injunção teria um efeito análogo à inconstitucionalidade por omissão, tornando inócuo a aplicação prática deste instituto constitucional, descaracterizando-se de sua função principal.

A partir de tal discussão sobre a legitimidade da atuação do judiciário frente ao mandado de injunção, surge uma análise disposta por Alexandre de Moraes,

classificando as posições passíveis a serem tomadas frente a tal situação, diante das discussões sobre a eficácia do julgamento deste remédio constitucional. Apresenta então, dois grandes grupos, concretista, que subdivide em concretista geral e concretista individual, e não concretista.

A vertente concretista defende que é dever do tribunal competente a realizar o julgamento do mandado de injunção, viabilizar o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa que se apresenta impossibilitado de ser gozado pelo cidadão. A posição concretista geral defende que a decisão judicial terá efeito *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional de maneira geral, até que a omissão legislativa seja suprida pelo órgão competente. Acompanha na ótica concretista, a vertente individual, que se divide em direta e intermediária.

De acordo com a perspectiva concretista individual direta, o Poder Judiciário, ao julgar procedente o mandado de injunção, concretiza direta e imediatamente a eficácia da norma constitucional para o autor da ação, com efeitos *inter partes*. A partir da posição concretista individual intermediária, caso haja procedência da impetração da injunção, o Poder Judiciário não atribui de maneira imediata condições para a aplicação do direito não apreciado, em vez disso, da ciência ao órgão omissor, para que ocorra a purgação da mora, fixando um prazo hábil para a expedição da norma, que é de 120 dias, não havendo providência do poder omissor ao fim deste prazo, somente a partir disso o judiciário fixará condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor do mandado de injunção.

Pela posição não concretista, deverá o judiciário, apenas reconhecer formalmente a inércia do poder público e dar ciência de sua concepção ao órgão competente, para que este edite a norma faltante, muito influenciada pelo princípio da separação dos poderes, esta vertente afirma que o judiciário não deve suprir a lacuna, por falta de norma regulamentadora, e também não pode obrigar o Poder Legislativo a legislar, tendo como única função o mandado de injunção, dar ciência a situação de mora qual o órgão competente deve sanar.

Atualmente, nos julgamentos dos mandados de injunção, nas decisões proferidas, o Superior Tribunal Federal, adota tanto a concepção concretista individual direta,

como também se adota a posição concretista geral, observa-se que a postura adotada demonstra-se sempre com o ensejo de viabilizar o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa impossibilitado de seu gozado pelo titular. A respeito de tal postura, salienta o Ministro Celso de Mello:

Não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis - a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. (MI n. 708-DF, voto do Rel. Min. Celso de Mello, proferido em 19/09/2007)

5 DISTINÇÕES ENTRE OS INSTITUTOS

Em que pesem ambos os institutos terem sido construídos com uma finalidade comum – a de combater o vício omissivo – são bastante distintos. Assim, segundo o Supremo Tribunal Federal, inadmite-se a conversão de um instrumento no outro, não havendo entre eles, pois, fungibilidade.

Contudo, vale ressaltar as diferenças entre os dois institutos. Inicialmente, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tutela direito objetivo, visando tornar efetiva a norma constitucional ainda que a mesma defina ou não um direito, sendo assim uma ação constitucional de garantia da Constituição. Enquanto o mandado de injunção, tutela direito subjetivo, destinando-se a tornar imediatamente viável o exercício de direitos fundamentais, sendo, portanto, garantia constitucional individual. O próprio texto constitucional em seus artigos 5º, LXXI, e 103, §2º, diferencia o perfil jurídico dos dois institutos. Nesse sentido, observa Flávia Piovesan:

Mais reduzido o objeto do mandado de injunção, expressa ele maior potencialidade de eficácia que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. (PIOVESAN, 2003, p.182)

O mandado de injunção trata-se de remédio constitucional individual, tal como *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, não sendo, pois, instrumento de provocação da jurisdição constitucional concentrada, como ocorre na ação direta

de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Verifica-se, ainda, em relação à competência jurisdicional, que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é processada e julgada exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados apenas em relação às omissões contestadas em face das Constituições estaduais. Nesse sentido, diferencia-se do mandado de injunção, onde a ação é processada e julgada por juízo ou tribunal, levando-se em consideração o órgão, autoridade ou entidade omissa, competente para a edição da norma reclamada.

Os dois institutos diferem-se também em relação ao polo ativo, o remédio constitucional e o instrumento de controle abstrato apresentam figuras diversas em relação a legitimidade para iniciar o processo com objetivo de sanar uma possível inconstitucionalidade apontada no ordenamento jurídico.

O mandado de injunção possui como legitimado ativo toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, que for titular do direito que apresenta-se impossível de ser exercido devido à ausência de norma regulamentadora, ou seja, qualquer pessoa impossibilitada do exercício de algum direito, liberdade ou prerrogativa constitucional, por falta de regulação da norma de eficácia limitada, tem a possibilidade de impetrar o mandado de injunção, para desta maneira, ter seu direito apreciado.

Aponta-se como exceção em relação a possibilidade de impetração do mandado de injunção ser por parte diversa do titular do direito não apreciado, quando a omissão constitucional dar-se-á em relação a algum direito difuso, desta maneira, o Ministério Público torna-se um legitimado ativo, para tutelar o direito que deve beneficiar a coletividade e não estava sendo apreciado, como expresso na lei 75/1993, que dispõe sobre a organização, atribuições e estatuto do Ministério Público da União, apresentando em seu artigo 6º, a competência deste órgão, elencando em seu inciso VIII:

Promover outras ações, nelas incluído o 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, quando difusos os interesses a serem protegidos.

No caso da ação de inconstitucionalidade por omissão, o rol de legitimados apresenta-se disposto de maneira taxativa no artigo 103 da Constituição Federal de 1988, podem propô-la: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de estado ou do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Como já foi mencionado, para propor ação direta de inconstitucionalidade por omissão, somente aqueles responsáveis diretos pela guarda da Constituição, salvo algumas exceções, como apresentados acima, no caso de Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por exemplo. Mas este se apresenta como objetivo central desta ação, resguardar a soberania da Carta Magna. No caso do mandado de injunção, os legitimados têm como interesse direto, o exercício do direito impossibilitado de ser praticado pela falta de norma regulamentadora, não visam garantir a constitucionalidade de determinada lei.

Aponta-se como objeto do mandado de injunção, de maneira específica, as lacunas jurídicas que impossibilitem o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas inerentes a nacionalidade, cidadania e soberania previstas no corpo da Constituição Federal, diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que possui um âmbito de atuação mais extenso, pois tem sua disponibilidade mediante qualquer inércia legislativa que ameace a soberania da carta constitucional.

Porém, deve ser observado o fato que o objetivo central do mandado de injunção é proporcionar ao impetrante o exercício elencado na norma constitucional de eficácia limitada que não apresenta norma regulamentadora, que demonstra-se inexecutável o gozo do direito, liberdade ou prerrogativa apontada, ou seja, possui o caráter mandamental no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o Superior Tribunal Federal,

vem adotando tanto a posição concretista individual direta, no caso do julgamento do MI 721/DF, em que foi pleiteado o reconhecimento a aposentadoria especial do servidor público, que dispõe o § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, como a concepção concretista geral, exemplo que ocorreu nos julgamentos dos MIs 670, 708 e 712, sobre qual versavam sobre a falta de norma regulamentadora a respeito do direito de greve dos servidores públicos, elencado no inciso VII, do artigo 37 da Constituição Federal.

No caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não tem como objetivo a viabilização de um direito, mas apenas o controle, para garantir a constitucionalidade das leis e a soberania da carta constitucional, possui apenas caráter declaratório. Pelo fato de ser uma espécie de controle abstrato, não havendo um caso concreto, torna-se automaticamente diverso do mandado de injunção, mas apenas declara a omissão constitucional, dando ciência ao órgão competente de sua mora legislativa, para a adoção de mecanismos necessários para sanar a inconstitucionalidade apontada.

Por fim, outro aspecto a ser apontado como diverso entre os dois institutos a partir de uma analogia entre ambos, seria em relação aos efeitos de cada ação. No caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, esta possui efeito *erga omnes*, ou seja, a partir do julgamento da ação, admitida a inconstitucionalidade de determinada norma, esta torna-se inconstitucional para todos os cidadãos, não apenas para um grupo restrito, como ocorre no julgamento do mandado de injunção, pois a partir do posicionamento do órgão competente a realizar do julgamento do disposto remédio, garante efeito *inter partes*, para o exercício do direito não apreciado por norma regulamentadora.

No caso do mandado de injunção, o órgão judiciário competente para julgar, tem apenas a possibilidade de viabilizar o direito requerido, mas não tem a prerrogativa de legislar, para criar uma norma geral, sendo esta função de outro poder do Estado, mas na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, caso a norma analisada seja considerada contrária ao texto constitucional positivo, esta será declarada inconstitucional para todos aqueles subordinados a Constituição Federal.

6 CONCLUSÃO

O presente artigo teve por finalidade pontuar de maneira sistemática as diferenças dispostas entre o remédio constitucional do mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que é objeto de controle abstrato da Constituição.

Apesar de possuírem um objetivo em comum, que é sanar a omissão legislativa de alguma norma de eficácia limitada, ambos institutos constitucionais apresentam largas discrepâncias em seus âmbitos de atuação, mas não raramente são confundidos, sendo o objetivo central do trabalho desmistificar as confusões a respeito da atuação de cada meio disposto para a aplicação correta das normas constitucionais.

Conclui-se primordialmente, entre outras diferenças elencadas, que o controle abstrato realizado a partir da ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por objetivo garantir a constitucionalidade das normas do ordenamento jurídico, sem a necessidade de um caso concreto para início da análise da lacuna jurídica resultante da falta de norma regulamentadora.

Por outro lado, partindo da função precípua do mandado de injunção, é indispensável um caso concreto para que seja impetrado tal remédio constitucional, pois seu objetivo central é viabilizar um direito que não está sendo exercido devido a mora do órgão jurídico competente a legislar.

A grande controvérsia gerada sobre o assunto tem tido avanços significativos nos últimos anos, evoluindo tanto em relação a posicionamentos doutrinários concretos, capazes de salientar de maneira objetiva as indagações que cercam a questão, também em relação ao posicionamento dos tribunais competentes, principalmente o Superior Tribunal Federal, que vem fundamentando julgados plenamente satisfatórios, vindo de encontro as aludidas decisões com a finalidade de atuação de cada instituto analisado, permitindo uma compreensão clara, comparado a tempos passados, em que a dúvida em relação a definição, objetivo e efeitos tanto do disposto remédio, quanto do dispositivo de controle de constitucionalidade eram frequentemente discutidos sem uma definição clara a respeito do assunto.

REFERÊNCIAS

ADI 3.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 9-5-07, Plenário, DJ de 6-9-07.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, Lei complementar n° 75, de 20 de maio de 1993, Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm.> Acesso em 19 de julho de 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. Salvador: Juspodivm. 2011.

GUERRA FILHO, Jurisdição constitucional no Brasil e tutela da ordem jurídica subjetiva. In: **Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MI 107, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 28-11-1989.

PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra omissões legislativas. ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: RT, 2013.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.