INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE CONTROLE DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Tirzah Míriam Costa Dias*

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo abordar a problematização da omissão legislativa no Constitucionalismo pátrio, que ganhou maior proporção com a vinda ao mundo jurídico da Constituição Federal de 1988. Apontará a origem e os tipos de omissões legislativas, indicando as devidas consequências na esfera jurídica dessa ausência normativa. A temática principal desse artigo é o controle judicial das omissões legislativas, no qual será abordado como é realizado esse controle, através de seus dois principais instrumentos: o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Então, será explanado o cabimento dessas duas ações, as legitimidades ativa e passiva, competência para julgamento, processo e procedimento, efeitos das decisões, além de jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Omissão. Normativa. Controle Judicial.

1 INTRODUÇÃO

Uma das grandes dificuldades enfrentadas pelo Constitucionalismo Contemporâneo é a inércia do Poder Legislativo para a edição de leis e normas a que está constitucionalmente obrigado. Essa ausência do Legislativo acaba suscitando uma ineficácia aos direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente, que tem por objetivo principal a aplicabilidade imediata de seus preceitos.

Essa lacuna deixada pelo Poder Legislativo ocasiona a chamada omissão legislativa, causada pelas chamadas normas de eficácia limitada, que são aquelas que necessitam de um direcionamento posterior para que surtam efeitos.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo o estudo da

* Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes (Unit). Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça de Sergipe. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Escola Judicial do Estado de Sergipe – Ejuse. E-mail: tirzahdias@hotmail.com.

problematização das omissões legislativas, que ganharam maior escopo no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988.

No primeiro tópico, tratar-se-á especificamente da omissão legislativa, bem como da inconstitucionalidade por omissão, traçando os seus conceitos, classificações, além de se enfrentar a matéria na perspectiva do controle judicial das omissões normativas.

Em seguida, serão apresentados os instrumentos de controle judicial sobre as omissões legislativas. Esses institutos foram concebidos ineditamente pela Carta Magna de 1988, que são o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Por conseguinte, será exposto quando são cabíveis essas ações, os órgãos competentes para o seu julgamento, como também os efeitos de suas decisões.

Por fim, será esclarecida a importância do combate às omissões legislativas para proteger os direitos individuais e coletivos, e assegurar a efetividade e supremacia da ordem constitucional pátria.

2 OMISSÃO LEGISLATIVA E A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Constituição Federal de 1988 refletiu a consolidação de Estado Social e Democrático, que foi decorrência do desenvolvimento histórico-constitucional da Nação. Para José Afonso da Silva:

> A ordem social, como a ordem econômica, adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a disciplinála sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, o que continuou nas constituições posteriores (2006, p. 285).

A partir da consolidação dos direitos sociais e fundamentais na Carta Magna de 1988, ao Estado foram confiadas maiores responsabilidades

e deveres para provimento dos direitos e necessidades coletivas, objetivando a promoção do bem-estar social.

Contudo, é necessário frisar que surgiram dificuldades para a devida prestação desses direitos para a sociedade, pois além de muitas normas instituídas pela Constituição não serem autoexequíveis, exigem do Poder Estatal maior dispêndio econômico e jurisdicional.

As omissões legislativas advêm das normas de eficácia limitada, que são aquelas que necessitam de um tratamento ulterior do legislador para que sejam aptas a produzir efeitos.

Com isso, surgiu a questão da omissão legislativa, que ganhou maior escopo no Brasil com a atual Lei Maior, pois foi incorporado um amplo rol de direitos e garantias fundamentais. Ademais, ficou previsto no § 1º do artigo 5º desta Carta, a aplicação imediata das normas definidoras desses direitos. Isto é, o legislador deve buscar meios idôneos para que essas normas sejam devidamente aplicadas, utilizando-se do princípio da aplicabilidade imediata das normas constitucionais quanto aos direitos e garantias fundamentais.

Assim, a omissão legislativa brotou a partir dessa responsabilidade do legislador de garantir a devida aplicação das normas. Além disso, passou a existir a inconstitucionalidade por omissão, decorrente também da nova Constituição de 1988, como uma espécie de sanção ao Poder Público para que tome providências que sanem as omissões normativas.

Entretanto, para Marcelo Figueiredo Santos:

> [...] a mera instituição da inconstitucionalidade por omissão por certo não resolverá o problema do silêncio do legislador, ao menos não totalmente. Isto porque a inconstitucionalidade por omissão é um instrumento que encerra enormes dificuldades de operatividade (1991, p. 49).

2.2 CONCEITO DE OMISSÃO LEGISLATIVA

Fala-se em omissão legislativa quando o legislador tinha o dever jurídico de legislar, ou seja, este silencia quando na verdade havia uma exigência constitucional de ação. Como elucida Marcelo Figueiredo em sua obra:

> [...] Omissão, em sentido jurídico constitucional, significa não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional (1991, p. 44).

A omissão legislativa é uma das maiores dificuldades enfrentadas pelo Direito Constitucional, pois acaba tolhendo a aplicação e operatividade das normas constitucionais.

2.3 INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

O enfrentamento jurídico e não meramente doutrinário da Inconstitucionalidade por omissão foi uma consequência do advento da Constituição de 1988, que veio reforçar a ideia de supremacia e imperatividade constitucional, mesmo que haja omissões do Poder Público. Isto é, mesmo que o Poder Legislativo tenha deixado de criar normas infraconstitucionais para regulamentar as chamadas normas de eficácia limitada, a Lei Fundamental continuará com a sua força normativa.

Pode-se conceituar a inconstitucionalidade como sendo uma violação da norma constitucional pelo Poder Público. Essa violação tanto pode manifestar em decorrência de uma ação, quando há uma conduta positiva violadora da Constituição, como por uma omissão, que seria uma conduta negativa ou inércia do Poder Público.

Flávia Piovesan aduz que:

> [...] Inadmissível, por consequência, torna-se a inércia do Estado quanto à concretização de direito fundamental, posto que a omissão estatal viola a ordem constitucional, tendo em vista a exigência de ação, o dever de agir no sentido de garantir direito fundamental. Implanta-se um constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais (1995, p. 38).

É importante frisar que não é qualquer omissão do Poder Público que enseja a inconstitucionalidade, isto é, se a medida omissa não prejudicar a aplicabilidade da norma, não há o que se falar em inconstitucionalidade. Dirley da Cunha Júnior elucida que:

> [...] só há inconstitucionalidade quando houver uma relação *imediata* de incompatibilidade vertical entre um ato e as normas constitucionais. Isso significa que, se um ato do poder público estiver em desconformidade com a lei, ele é ilegal, ainda que mediatamente viole a Constituição; se estiver em desconformidade imediata com a Constituição, ele é inconstitucional (2004, p. 113).

Além disso, apenas configura-se a inconstitucionalidade por omissão quando o Legislador tinha o dever jurídico de atuar, mas não o fez. Flávia Piovesan afirma, ainda, que:

> A omissão inconstitucional caracteriza-se: a) pela falta ou insuficiência de medidas legislativas; b) pela falta de adoção de medidas políticas ou de governo; c) pela falta de implementação de medidas administrativas, incluídas as medidas de natureza regulamentar, ou de outros atos da Administração Pública (1995, p. 78).

A omissão inconstitucional fica, ainda, subordinada a questão temporal, ou seja, a omissão do legislador irá ocorrer quando houve uma fixação de prazo para que ela seja sanada e não o foi. Todavia, quando não foi fixado prazo, o que acontece na grande maioria das vezes, é necessário analisar o caso concreto e utilizar-se da razoabilidade temporal para determinar se o decurso de prazo foi suficiente para que a omissão fosse sanada pelo Estado. Logo, ao julgador é atribuída a discricionariedade para julgar, utilizando-se do critério da razoabilidade, se o prazo decorrido foi o bastante.

2.4 MODALIDADES DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

As omissões inconstitucionais podem ser classificadas em: total ou

parcial; formal ou material; e absoluta ou relativa.

2.4.1 TOTAL OU PARCIAL

Jorge Miranda esclarece que:

> É total a inconstitucionalidade por omissão que consiste na falta absoluta de medidas legislativas ou outra que deem cumprimento a uma norma constitucional ou a um dever prescrito por norma constitucional e parcial aquela que consiste na falta de cumprimento do comando constitucional quanto a alguns dos seus aspectos ou dos seus destinatários (*apud* PIOVESAN, 1995, p. 83).

2.4.2 FORMAL OU MATERIAL

Apesar de possuírem características em comum com as modalidades das omissões total e parcial, as omissões formal ou material são decorrências destas, respectivamente. Alguns doutrinadores apontam como sendo sinônimas, entretanto, outra parte da doutrina as distinguem.

As omissões formais "decorrem da ausência de qualquer emanação de atos voltados ao desenvolvimento da aplicabilidade da Constituição". As omissões materiais, "de sua vez, não se confundem com a concepção naturalística de atos omissivos. A presença delas é constatada a partir de um ato comissivo (omissão-produto) ao qual se agrega, porém um juízo de valor acerca da respectiva adequação à Constituição" (BERNARDES, 2004).

A omissão formal pode ocorrer quando o legislador não emanar qualquer preceito para realizar as imposições constitucionais. Já a omissão material deriva de situações em que as leis de cumprimento das imposições favorecem certos grupos, esquecendo outros, ou quando essas leis de execução excluem arbitrariamente alguns cidadãos, total ou parcialmente, das vantagens concedidas a outros (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 127).

2.4.3 ABSOLUTAS OU RELATIVAS

Para Dirley da Cunha Júnior:

> As omissões absolutas decorrem da violação de um dever legislativo autônomo. Já as omissões relativas partem da ofensa ao princípio da igualdade. Enquanto em relação às omissões absolutas o legislador deveria necessariamente atuar, e se abstém por completo, nas omissões relativas ele poderia ficar inerte, mas resolve atuar, porém transgredindo o princípio da isonomia, seja por não contemplar certos segmentos, seja por excluí-los do benefício (2004, p. 127).

2.5 CONTROLE JUDICIAL DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS

O controle da omissão legislativa é competência atribuída ao Poder Judiciário. Há, todavia, uma discussão doutrinária acerca da função específica do Poder Judiciário sobre esse controle, ou seja, se ele assume uma função temporária de legislador ou se apenas obriga ou cita o Poder omisso para que se manifeste e sane a omissão.

Entretanto, existe a problemática de quando o Poder Judiciário assume a função temporária de legislador para sanar a omissão, tal atividade estaria ferindo o princípio constitucional da separação dos poderes preceituado no art. 2º da Constituição Federal que diz: "são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Dirley da Cunha Júnior é da doutrina que defende:

> [...] a tese, teórica e cientificamente sustentável, de que o Poder Judiciário não só pode como deve, no exercício da jurisdição constitucional, integrar a ordem jurídica e suprir a omissão – asseveramos, inconstitucional – dos órgãos de direção política, à guisa de um efetivo controle dessa omissão. Não estão em jogo, aqui, as oscilações político-partidárias, mas sim a imperatividade da Constituição e o respeito pela vontade popular, fonte do maior de todos os Poderes: o Poder Constituinte! Ao contrário do que muitos comodamente advogam, os ideais de um Estado Constitucional Democrático de Direito estão a exigir essa firme postura do Judiciário, e não a repeli-la! (2004, p. 133).

Partindo da autorizada doutrina, é de concluir com o autor que, no Estado Democrático de Direito, impõe-se o asseguramento dos direitos fundamentais. A respectiva inefetividade, em razão da omissão intencional do legislador, é, inegavelmente, uma patologia a ser combatida. Por isso, a independência em si dos Poderes não pode se constituir em argumento hermenêutico para se negar, ou quando menos relativizar, o império da Lei Maior, uma vez que se apresenta como um instrumento para que o Estado atinja os seus fins republicanos e democráticos.

A ordem constitucional de 1988 enfrentou o tema da omissão legislativa criando instrumentos jurídicos inéditos na experiência jurídica pátria, voltados ao seu controle que são: o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Em sua tese, Piovesan esclarece ainda que "[...] caracterizada a omissão do legislador, tem-se o cabimento para a adoção das vias de controle da inconstitucionalidade por omissão, que permitem assegurar efetividade ao direito constitucional" (1995, p. 69).

Apesar da criação desses interessantíssimos instrumentos, ainda há uma grande inoperatividade de muitas normas que necessitavam de um tratamento específico, mas que não tiveram a devida atenção do legislador, encerrando assim uma insatisfação na obtenção do resultado inicialmente almejado.

Entretanto, a criação dos indigitados instrumentos na ordem constitucional brasileira já é um imenso avanço no constitucionalismo nacional. Resta, apenas que os Três Poderes atuem juntos para que se consolide a devida aplicação dos direitos e garantias fundamentais, assegurando a força normativa constitucional.

3 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA O CONTROLE DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Como mencionado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 introduziu mecanismos inéditos voltados ao controle judicial das omissões legislativas, buscando assegurar a ampla efetividade dos preceitos constitucionais. As ações voltadas a esse controle são: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

3.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

3.1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é um tipo de ação constitucional de conhecimento e foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pela atual Constituição Federal de 1988.

Gregório Assagra de Almeida elucida que a "*ação direta com pedido declaratório de inconstitucionalidade por omissão*" trata, "assim, de garantia constitucional do Estado Democrático de Direito que visa também a *tutela do direito objetivo constitucional*, mas nos casos de omissão de medida que esteja impedindo a efetivação da norma constitucional respectiva" (2007, p. 823)

Está prevista no artigo 103, §2º, da Lei Maior e tem por finalidade o reconhecimento das inconstitucionalidades por omissão, caracterizadas pela ausência de produção legislativa exigida pela norma constitucional.

Para Alexandre de Moraes:

> Na conduta negativa consiste a inconstitucionalidade. A Constituição determinou que o Poder Público tivesse uma conduta positiva, com a finalidade de garantir a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional. O Poder Público omitiu-se, tendo, pois, uma conduta negativa (2003, p. 631).

Logo, o objeto da ADO é tornar efetiva a norma constitucional de eficácia limitada sobre a qual recaia uma omissão inconstitucional, ou seja, a respeito da qual o legislador tenha se omitido na produção da respectiva norma regulamentadora. Assim, tem cabimento a presente ação, quando o Poder Público se abstém de um dever que a Constituição lhe atribuiu.

Flávia Piovesan esclarece que:

> [...] a ação direta de inconstitucionalidade por omissão está relacionada com o direito objetivo. [...] Isto é, pretende-se, através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, suprir as lacunas inconstitucionais da ordem constitucional. Trata-se, pois, de instrumento voltado a preencher, de forma geral e abstrata,

> as lacunas inconstitucionais do ordenamento. A finalidade última é colmatar todas as lacunas inconstitucionais, para que, algum dia, todas as normas constitucionais alcancem eficácia plena e possam irradiar, com máxima eficácia, efeitos normativos (1995, p. 97).

Portanto, a função precípua do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das normas é impedir que a Constituição seja violada e afaste a inconstitucionalidade, determinando que ela seja sanada.

O instituto processual em análise não deve ser confundido com a inconstitucionalidade por ação, pois como explicita Roberto Rosas:

> A diferença entre inconstitucionalidade por omissão e a ação por inconstitucionalidade está na verificação da primeira hipótese, e na superação da segunda. A inconstitucionalidade por omissão é apenas constatada, e a inconstitucionalidade arguida por ação tem como finalidade expungir a inconstitucionalidade. Numa não existe a norma (omissão) e na outra existe (ação) (1999, p. 88).

3.1.2 LEGITIMIDADE ATIVA

Os legitimados ativos dessa ação são os mesmos da ADI genérica, constantes do artigo 103 da Carta Magna, que foi alterada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Logo, podem propor essa ação: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Nesta ação, porém, não se faz necessária a oitiva do Advogado-Geral da União, por não haver ato impugnado a ser defendido. No entanto, o Ministério Público sempre será chamado a manifestar-se, atuando obrigatoriamente como *custos legis*.

3.1.3 LEGITIMIDADE PASSIVA

A legitimidade passiva nesse tipo de ação será das autoridades ou órgãos responsáveis por sanarem a omissão inconstitucional.

Em relação à legitimidade na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, Dirley da Cunha Júnior esclarece que:

> [...] Cumpre recordar que tanto os legitimados ativos como os legitimados passivos não são partes, pois a ação de inconstitucionalidade por omissão também se destina a instaurar um *processo objetivo* de controle abstrato de constitucionalidade, onde não há partes, nem controvérsia (2011, p. 394).

3.1.4 COMPETÊNCIA

A competência originária para julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é do Supremo Tribunal Federal, de acordo com os art. 103, §2º e 102, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal.

A competência para julgamento da ADO poderá ser dos Tribunais de Justiças dos Estados ou Distrito Federal, quando a omissão inconstitucional for na regulamentação de norma constante na Constituição Estadual ou Distrital. Importante esclarecer que se a omissão questionada na ADO for na regulamentação de uma norma da Constituição Federal, ainda que seja uma norma estadual que deva fazer essa regulamentação, a competência para julgamento será do Supremo Tribunal Federal.

Consoante Uadi Lammêgo Bulos (2010, p. 333) "tal possibilidade decorre da autonomia de auto-organização e autogoverno estaduais, devendo-se observar, como regra, o modelo federal, preconizado na Constituição da República, a *Lex Mater*." Isso se depreende, *verbi gratia*, no art. 106, I, *h*, da Constituição do Estado de Sergipe, que aduz que compete originariamente ao Tribunal de Justiça processar e julgar as ações de constitucionalidade contra ato ou omissão que atente contra a Constituição do Estado.

3.1.5 PROCESSO E PROCEDIMENTO

3.1.5.1 DA ADMISSIBILIDADE E PROCEDIMENTO

Por tratar-se de uma ação diferenciada, a ADO não segue um rito processual comum, pois é um processo no qual não há partes (diretamente), inexistindo, então, contraditório ou litígio. Segue, praticamente, o mesmo procedimento que o da Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica.

Para Walber de Moura Agra:

> A ação direta de inconstitucionalidade por omissão não incide contra uma inconstitucionalidade material, em que sua expulsão do ordenamento representa a solução do problema. Sua finalidade é regulamentar determinada situação jurídica para que os cidadãos possam exercer os direitos contidos na Constituição. A norma não é expulsa do ordenamento; muito pelo contrário, há exigência de uma regulamentação do comando normativo. Necessita-se, na maioria dos casos, da atuação do Poder Legislativo que não pode se manter omisso diante da exigência da Carta Magna (2008, p. 100).

Segundo a Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, em seu art. 12-B, na petição inicial deverá indicar: "I- a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; II- o pedido, com suas especificações". Da decisão que indeferir a petição inicial cabe agravo (art. 12-C, parágrafo único).

Uma vez proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não se admitirá desistência (art. 12-D), assim como não é admitida a intervenção de terceiros no processo (art. 7º, caput), por força do mandamento constante do art. 12-E.

Após decorrer o prazo para prestação de informações, o relator poderá solicitar a apresentação do Advogado-Geral da União e ouvirá o Procurador-Geral da República, tais autoridades deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias. Vencidos os prazos, o relator lançará

o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento (art. 8º, art. 9º, caput e art. 12-E, §2º). O Procurador-Geral da República, nas ações em que não for autor, terá vista do processo, por quinze dias, após o decurso do prazo para informações (art. 12-E, §3º).

Os demais legitimados ativos para propor essa ação poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais (art. 12-E, §1º).

Há a possibilidade, ainda, do relator do processo pedir esclarecimentos complementares de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, assim como, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência. Essas perícias e esclarecimentos de informações deverão ser realizados no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator (art. 9º, §1º e §3º).

3.1.5.2 DA MEDIDA CAUTELAR

Havia discussões sobre o cabimento ou não de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Contudo, com a entrada em vigor da Lei 12.063/2009, que veio estabelecer a disciplina processual da ADO, essa controvérsia foi dirimida.

O STF tinha o seguinte entendimento antes do advento da Lei 12.063/2009:

> EMENTA: [...] **INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - DESCABIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR**. - **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão** (RTJ 133/569, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; ADIn 267-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF. - A procedência da ação

> direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.
>
> (ADI 1458 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/1996, DJ 20-09-1996 PP-34531 EMENT VOL-01842-01 PP-00128) (grifou-se).

Agora com a nova lei, há a possibilidade de concessão de medida cautelar em casos de excepcional urgência e relevância da matéria. Pode o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, desde que a decisão seja tomada se presentes na sessão pelo menos 2/3 dos Ministros, conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 dias (art. 12-F, caput, da Lei 9.868/99).

Poderá ainda ser ouvido no prazo de 03 (três) dias o Procurador-Geral da República, caso o relator julgue indispensável (art. 12-F, §2º).

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 (art. 12-F, §1º).

3.1.5.3 DA DECISÃO E SEUS EFEITOS

Declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de trinta dias, ou em prazo razoável a ser estipulado

excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido (art. 12-H, §1º).

Essa decisão tem índole obrigatória e mandamental. Segundo José Afonso da Silva:

> [...] provém que a sentença que reconhece a inconstitucionalidade por omissão é declaratória quanto a esse reconhecimento, mas *não é meramente declaratória*, porque dela decorre um efeito ulterior de natureza *mandamental* no sentido de exigir do Poder competente a adoção das providências necessárias ao suprimento da omissão. Esse sentido mandamental é mais acentuado em relação a órgão administrativo. Mas ele existe também no tocante à ciência ao Poder Legislativo. Não há de se limitar à mera ciência sem consequência. Se o Poder Legislativo não responder ao mandamento judicial, incidirá em omissão ainda mais grave. Pelo menos terá que dar alguma satisfação ao Judiciário. É certo que, se não o fizer, praticamente nada se poderá fazer, pois não há como obrigar o legislador a legislar (2006, p. 55-56).

Há muitas críticas em relação aos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão. Uma delas é a de que, diversamente da decisão que declara a inconstitucionalidade por ação, a inconstitucionalidade por omissão recebe tratamento diferenciado, isso porque a decisão final do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade por ação gera uma eficácia *erga omnes* (contra todos), *ex tunc* (retroativa) e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, seja federal, estadual ou municipal, logo, seus efeitos se dão imediatamente com a publicação do acórdão.

Nos casos de declaração da inconstitucionalidade por omissão, quando a omissão é do próprio Poder Legislativo, será dada ciência a este para que tome as providências necessárias a solucionar a omissão, não havendo prazo específico para saná-la, devido à autonomia dos Poderes, não podendo o STF (Poder Judiciário) fixar qualquer prazo para que o Legislativo atue. O que acontece aqui é que se o Poder Legislativo

permanecer em mora, não há nenhuma consequência jurídica para ele, tornando, então, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão ineficaz.

Michel Temer questiona que:

> [...] em se tratando de medidas legislativas, não havendo a Constituição Federal fixado prazo para a adoção da providência, qual a sanção para o não cumprimento da ordem judicial que declarou a inconstitucionalidade por omissão e determinou a prática da medida? Não há previsão no texto constitucional, no que a nossa Constituição reproduziu o sistema da Constituição portuguesa (...). Tudo indica que o constituinte pátrio confia no estabelecimento de mecanismos regimentais internos no Poder Legislativo, capazes de viabilizar o disposto na determinação judicial (*apud* PIOVESAN, 1995, p. 103-104).

Entretanto, caso o Poder ou órgão permanecer inerte e, essa omissão acarretar lesão ou ameaça de lesão a direito, poderá dar ensejo à proposição de ação de reparação por perdas e danos contra o Poder omisso.

Muitos doutrinadores pugnam para que essa decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade por omissão tivesse um condão normativo, ou seja, que essa decisão valesse como lei, caso o Poder Legislativo não atuasse. Seria interessante isso ocorrer, pois solucionaria a inércia do Legislativo. Contudo, iria ferir a independência e autonomia dos Poderes, dando ao Judiciário função diferente da sua, que seria a de legislar. José Afonso da Silva manifesta-se acerca disso:

> Por isso é que, no caso de inconstitucionalidade por omissão, propugnávamos por uma decisão judicial normativa, para valer como lei se após certo prazo o legislador não suprisse a omissão. A sentença normativa teria esse efeito. Mas o legislador constituinte não quis dar esse passo à frente (2006, p. 56).

Em que pese haver toda essa discussão doutrinária, o STF na ADI por omissão nº 3682, fixou um prazo de 18 meses para que o Legislativo editasse a lei complementar.

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados

> pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. **Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão.** Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n°s 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.
>
> (ADI 3682, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00037 EMENT VOL-02288-02 PP-00277 RTJ VOL-00202-02 PP-00583) (grifou-se)

Assim, com esse novo posicionamento do STF, pode-se dizer que finalmente a ADO está conseguindo obter êxito na sua decisão a fim de extirpar a inconstitucionalidade por omissão.

3.2 MANDADO DE INJUNÇÃO

3.2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Mandado de Injunção é uma forma de garantia constitucional assecuratória dos Direitos Fundamentais, servindo a assegurar a sua fruição e defesa. Assim, é uma ação constitucional voltada à proteção dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, cujo exercício seja inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, nos termos do artigo

5º, inciso LXXI, da Constituição Federal.

A jurisprudência do STF é clara sobre a natureza desse instituto:

> MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. **Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.** Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.
>
> (MI 721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142) (grifou-se).

Segundo Alexandre de Moraes:

> O Mandado de Injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação

> direta de inconstitucionalidade por omissão, visa ao combate à síndrome de inefetividade das normas constitucionais (2003, p. 179).

Foi também um instrumento inédito trazido pela Constituição Federal de 1988 e, constitui, em síntese, remédio constitucional em face das omissões inconstitucionais, servindo, portanto, ao controle difuso das inconstitucionalidades por omissão.

José Afonso da Silva aduz que o mandado de injunção:

> Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal *finalidade* consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se, neste quadrante, como um instrumento de realização prática da disposição do art. 5º, §1º (2006, p.448).

Em que pese o mandado de injunção não possuir legislação específica que trate de sua regulamentação, mesmo tendo havido alguns projetos de lei para tratar da matéria e nenhum aprovado, esse instrumento não se tornou inexequível, tendo o art. 5º da Carta Magna auto-aplicabilidade.

Enquanto não houver legislação específica que regule o mandado de injunção, essa ação será regida subsidiariamente pelas normas do mandado de segurança, como estabelece o art. 24, parágrafo único, da Lei 8.038/90.

Essa ação possui, ainda, preferência no julgamento sobre as demais ações, exceto sobre o *habeas corpus* e o mandado de segurança, por tratar de direitos assegurados fundamentalmente pela Constituição.

3.2.2 REQUISITOS OU PRESSUPOSTOS

Os requisitos ou pressupostos para o Mandado de Injunção são: a falta de norma regulamentadora de uma previsão constitucional (omissão do

Poder Público); e a inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Para a concessão do Mandado de Injunção deve-se pressupor a existência de nexo de causalidade entre a omissão normativa do Poder Público e a inviabilidade do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa.

Existem três correntes doutrinárias que discutem sobre a abrangência ou extensão dos direitos ou liberdades que podem ser objeto do mandado de injunção. Segundo Carlos Augusto Alcântara Machado (1999, p. 68-70) essas correntes são: restritiva, intermediária e abrangente.

A corrente restritiva possibilita a proteção constitucional apenas aos direitos elencados expressamente no art. 5º, LXXI, da CF, quais sejam: a nacionalidade; a soberania e a cidadania. Já a intermediária alcança além dos direitos expostos expressamente naquele inciso, os direitos consubstanciados no título II da Lei Maior, ou seja, os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos à nacionalidade e direitos políticos. Enfim, a corrente abrangente entende que a injunção acolhe não só aqueles direitos como também todos que são tutelados pela Constituição.

Carlos Augusto Alcântara Machado filia-se a última corrente esclarecendo que:

> Por fim, conclusivamente, não é excessivo afirmar que no campo de proteção do direito tutelado pelo mandado de injunção, o impetrante deverá demonstrar que a Constituição outorgou-lhe o direito subjetivo abstratamente (titularidade de direito, garantia e prerrogativas – nacionalidade, soberania e cidadania) e seu exercício vem sendo obstado pela omissão (situação de *vacuum juris*), em razão da falta de norma regulamentadora (1999, p. 73).

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é sobre a ampliação da norma constitucional, considerando o Mandado de Injunção instrumento útil não apenas à aplicação dos direitos fundamentais, como também de qualquer direito constitucional que teve seu exercício suprimido.

Portanto, a finalidade do Mandado de Injunção é conferir ao seu impetrante que teve o exercício de seu direito constitucional violado, a prestação jurisdicional para tornar apto, no caso concreto, a aplicação de seus direitos que foram inviabilizados pela norma constitucional omissa.

3.2.3 LEGITIMIDADE ATIVA

A legitimidade ativa *ad causam* desta ação pertence ao titular dos direitos e liberdades constitucionalmente asseguradas, cujo exercício é frustrado pela ausência de norma infraconstitucional regulamentadora.

Portanto, o Mandado de Injunção pode ser impetrado por qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, podendo ainda ser legitimadas pessoas jurídicas públicas ou privadas, com também nacionais ou estrangeiras. É cabível ainda para tutelar direitos coletivos, ou seja, de uma determinada categoria.

Esse é o entendimento do STF:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. SEGUIMENTO NEGADO PELO RELATOR. COMPETÊNCIA DO RELATOR PARA NEGAR SEGUIMENTO A PEDIDO OU RECURSO: RI/STF, art. 21, § 1º; Lei nº 8.038, de 1990, art. 38; CPC, art. 557, redação da Lei 9.756/98: CONSTITUCIONALIDADE. MANDADO DE INJUNÇÃO: PRESSUPOSTOS. C.F., art. 5º, LXXI. **LEGITIMIDADE ATIVA**. I. - É legítima, sob o ponto de vista constitucional, a atribuição conferida ao Relator para arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso - RI/STF, art. 21, § 1º; Lei 8.038/90, art. 38; CPC, art. 557, redação da Lei 9.756/98 - desde que, mediante recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do Colegiado. II. - A existência de um direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência de norma infraconstitucional regulamentadora, constitui pressuposto do mandado de injunção. III. - **Somente tem**

> **legitimidade ativa para a ação o titular do direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência da norma infraconstitucional regulamentadora**. IV. - Negativa de seguimento do pedido. Agravo não provido.
>
> (MI 595 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/1999, DJ 23-04-1999 PP-00015 EMENT VOL-01947-01 PP-00001 RTJ VOL-00169-02 PP-445) (grifou-se).

3.2.4 LEGITIMIDADE PASSIVA

Já o polo passivo dessa demanda será integrado pela autoridade, órgão ou Poder competente para editar a norma regulamentadora faltante, logo, só pode figurar no polo passivo pessoas estatais, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. 1. Apenas a autoridade, órgão ou entidade que tenha o dever de regulamentar a norma constitucional dispõe de legitimidade passiva 'ad causam' no mandado de injunção. 2. Agravo regimental ao qual se nega provimento.
>
> (MI 1525 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2011, DJe-069 DIVULG 11-04-2011 PUBLIC 12-04-2011 EMENT VOL-02501-01 PP-00021)

Entretanto, Flávia Piovesan possui entendimento diverso, afirmando que:

> [...] sustenta-se que no mandado de injunção a legitimidade passiva recai sobre a parte privada

> ou pública que viria a suportar o ônus de eventual concessão da injunção. Isto é, a legitimidade passiva recai sobre o ente cuja atuação é necessária para viabilizar o exercício do direito e não recai, portanto, sobre a autoridade competente para elaborar a norma regulamentadora faltante (1995, p. 127).

3.2.5 COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO

A Carta Magna prevê os competentes Tribunais para julgamento do Mandado de Injunção de acordo com o órgão incumbido da elaboração da norma regulamentadora.

A competência para processar e julgar, originariamente, o Mandado de Injunção será do STF quando, segundo o art. 102, I, "q", da CF, a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

A Constituição prevê, ainda, no art. 105, I, "h", que compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, 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.

Por fim, a CF prevê a competência do Tribunal Superior Eleitoral para julgar, em grau de recurso, o mandado de injunção que tiver sido denegado pelo Tribunal Regional Eleitoral, conforme art. 121, § 4º, V, da CF.

No âmbito estadual, será permitido aos Estados, no exercício do poder constituinte derivado decorrente, estabelecerem em suas Constituições Estaduais o órgão competente para processo e julgamento de mandados de injunção contra a omissão do Poder Público estadual em relação às normas constitucionais estaduais.

3.2.6 PROCESSO E PROCEDIMENTO

Como mencionado anteriormente, o mandado de injunção, por não possuir lei específica, terá o seu processo e procedimento regido pela lei do mandado de segurança.

Contudo, na injunção não é cabível a concessão de medida liminar, conforme a jurisprudência do STF:

> MANDADO DE INJUNÇÃO - LIMINAR. Os pronunciamentos da Corte são reiterados sobre a impossibilidade de se implementar liminar em mandado de injunção - Mandados de Injunção nºs 283, 542, 631, 636, 652 e 694, relatados pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Ellen Gracie e por mim, respectivamente. AÇÃO CAUTELAR - LIMINAR. Descabe o ajuizamento de ação cautelar para ter-se, relativamente a mandado de injunção, a concessão de medida acauteladora.
>
> (AC 124 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/09/2004, DJ 12-11-2004 PP-00006 EMENT VOL-02172-01 PP-00001 RT v. 94, n. 832, 2005, p. 153-154 RJADCOAS v. 6, n. 63, 2005, p. 35-36)

Quanto a isso, Gregório Assagra de Almeida assevera que:

> [...] o STF, sob o argumento de que a finalidade a ser alcançada pela via do mandado de injunção se resuma à declaração, já firmou entendimento de que não é cabível liminar em sede de mandado de injunção, que se constituiria em provimento provisório com alcance que nitidamente ultrapassaria os próprios limites da decisão final a ser proferida no mandado de injunção (2007, p. 646).

Durante o processo, o Ministério Público deverá atuar como *custos legis*, caso não seja o autor da ação, devendo acompanhar todas as fases e se for necessário emitir parecer.

3.2.7 EFEITOS

Acerca dos efeitos do Mandado de Injunção, Carlos Augusto Alcântara Machado assevera em sua obra, as cinco modalidades de orientações interpretativas acerca dos efeitos desse instituto, na visão de José da Silva Pacheco:

> A *primeira*, considerando que a ação do mandado de injunção e a respectiva sentença favorável visariam criar a norma legal omissa, substituindo a atividade do órgão competente para fazê-lo, a *segunda*, enfocando a ação e a sentença como tendo em vista obter a ordem ou mandamento ao órgão competente para baixar a norma, inclusive ao Legislativo, a fim de que elabore e baixe o ato regulamentador; a *terceira*, focalizando o mandado de injunção como propiciatório de sentença declaratória de omissão ou condenatória de obrigação de fazer, sujeita à execução comum; a *quarta*, vendo o mandado de injunção como instrumento para obter do juiz a decisão de, atendendo ao pedido, proteger o direito reclamado, levando em conta os fins sociais, as exigências do bem comum e os princípios constitucionais e gerais do Direito; e, por último, a *quinta* orientação que, combinando a segunda e a quarta, propõe que o órgão competente, que não se resume ao Legislativo, baixe a norma em curto prazo, ciente de que, se não o fizer, o juiz julgará o caso concreto submetido à sua apreciação (1999, p. 103-104).

Muito se discutiu a respeito dos efeitos da decisão em sede de mandado de injunção. Isso decorreu do fato de que, ao longo dos anos, o Supremo Tribunal Federal relativizou seu posicionamento jurisprudencial.

Alexandre de Moraes (2003, p. 185-188) expõe duas correntes acerca dos posicionamentos do STF em relação ao mandado de injunção: a posição *concretista* e a *não concretista*.

Na posição concretista ele afirma que:

> [...] presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente (2003, p. 185).

A posição concretista divide-se ainda em duas espécies: *concretista geral* e *concretista individual*, de acordo com a abrangência dos seus efeitos:

> Pela *concretista geral*, a decisão do Poder Judiciário terá efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente. Essa posição é pouco aceita na doutrina. [...] Pela *concretista individual*, a decisão do Poder Judiciário só produzirá efeitos para o autor do mandado de injunção, que poderá exercitar plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional (2003, p. 185-186).

A tese concretista individual ainda se subdivide em *direta* e *intermediária*:

> Pela primeira vez, *concretista individual direta*, o Poder Judiciário, imediatamente ao julgar procedente o mandado de injunção, implementa a eficácia da norma constitucional ao autor. [...] Pela segunda, *concretista individual intermediária,* [...] fixa ao Congresso Nacional o prazo de 120 dias para a elaboração da norma regulamentadora. Ao término desse prazo, se a inércia permanecer o Poder Judiciário deve fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor (2003, p. 186).

Já a posição não concretista:

> [...] firmou-se no sentido de atribuir ao mandado de injunção a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público, "em dar concreção à norma constitucional positivadora do direito postulado, buscando-se, com essa exortação ao legislador, a plena integração normativa do preceito fundamental invocado pelo impetrante do writ como fundamento da prerrogativa que lhe foi outorgada pela Carta Política" (2003, p. 187-188).

Antes de 2007, o entendimento do STF era de que a decisão da injunção tinha um caráter declaratório, ou seja, apenas era reconhecida a falta de norma reguladora.

Esse posicionamento conferia ao Mandado de Injunção os mesmos efeitos da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, perdendo, assim o estatuto da Injunção seus objetivos originais, posto que, esta por ser uma ação que tem por objeto a tutela de direito subjetivo, não poderia ter por finalidade a determinação da elaboração da norma regulamentadora omissa, pois seus efeitos operam no caso concreto, isto é, *inter partes*, pois aqui o pedido é o reparo do direito constitucional infringido.

O STF adotava a tese não concretista. Isso se depreende do seguinte julgado:

> MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE SUA AUTOAPLICABILIDADE, OU NÃO. - EM FACE DOS TEXTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL RELATIVOS AO MANDADO DE INJUNÇÃO, E ELE AÇÃO OUTORGADA AO TITULAR DE DIREITO, GARANTIA OU PRERROGATIVA A QUE ALUDE O ARTIGO 5., LXXI, DOS QUAIS O EXERCÍCIO ESTA INVIABILIZADO PELA FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA, E AÇÃO QUE VISA A OBTER DO PODER JUDICIÁRIO A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DESSA

> OMISSÃO SE ESTIVER CARACTERIZADA A MORA EM REGULAMENTAR POR PARTE DO PODER, ÓRGÃO, ENTIDADE OU AUTORIDADE DE QUE ELA DEPENDA, COM A FINALIDADE DE QUE SE LHE DÊ CIÊNCIA DESSA DECLARAÇÃO, PARA QUE ADOTE AS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS, A SEMELHANÇA DO QUE OCORRE COM A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ARTIGO 103, PAR-2., DA CARTA MAGNA), E DE QUE SE DETERMINE, SE SE TRATAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL OPONÍVEL CONTRA O ESTADO, A SUSPENSÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS OU ADMINISTRATIVOS DE QUE POSSA ADVIR PARA O IMPETRANTE DANO QUE NÃO OCORRERIA SE NÃO HOUVESSE A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL. - ASSIM FIXADA A NATUREZA DESSE MANDADO, E ELE, NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA DESTA CORTE - QUE ESTÁ DEVIDAMENTE DEFINIDA PELO ARTIGO 102, I, 'Q' -, AUTOEXECUTÁVEL, UMA VEZ QUE, PARA SER UTILIZADO, NÃO DEPENDE DE NORMA JURÍDICA QUE O REGULAMENTE, INCLUSIVE QUANTO AO PROCEDIMENTO, APLICÁVEL QUE LHE É ANALOGICAMENTE O PROCEDIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, NO QUE COUBER. QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE NO SENTIDO DA AUTOAPLICABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.
>
> (MI 107 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1989, DJ 21-09-1990 PP-09782 EMENT VOL-01595-01 PP-00001)

Devido às diversas críticas doutrinárias, e também segundo Bernardo Gonçalves Fernandes foram fatores que alteraram o posicionamento do STF:

> [...] não podemos olvidar a modificação de composição do STF nos últimos anos, sobretudo, de 2003, até os dias atuais. Sem dúvida, com uma composição renovada, a chance de ruptura com a conservadora posição de outrora apresenta-se. Isso demonstra, mais uma vez, que o direito e a sua interpretação à luz da Constituição e a própria Constituição são e sempre estão em processo (em permanente fazer), visto que não são e nem podem ser consideradas como algo dado (absolutizado) (2011, p. 414).

O atual entendimento do Supremo Tribunal Federal é a adoção da tese concretista, na qual ele diz qual é o direito aplicável ao caso concreto:

> EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 1.1. No julgamento do MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia *erga omnes*, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; iv) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. 1.2. **Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a**

> **proteção judicial efetiva** (CF, art. 5o, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003.
> [. . .]
> (MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471) (grifou-se).

3.2.8 MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO

O Supremo Tribunal Federal, em sua jurisprudência, tem admitido a impetração de Mandado de Injunção Coletivo, aplicando-se subsidiariamente, nessas situações, as disposições do Mandado de Segurança Coletivo:

> I - MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: **ADMISSIBILIDADE, POR APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 5., LXX, DA CONSTITUIÇÃO;** LEGITIMIDADE, NO CASO, ENTIDADE SINDICAL DE PEQUENAS E MEDIAS EMPRESAS, AS QUAIS, NOTORIAMENTE DEPENDENTES DO CRÉDITO BANCÁRIO, TEM INTERESSE COMUM NA EFICÁCIA DO ART. 192, PAR. 3., DA CONSTITUIÇÃO, QUE FIXOU LIMITES AOS JUROS REAIS. II. MORA LEGISLATIVA: EXIGÊNCIA E CARACTERIZAÇÃO: CRITÉRIO DE RAZOABILIDADE. A MORA - QUE E PRESSUPOSTO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO LEGISLATIVA -, E DE SER RECONHECIDA, EM CADA CASO, QUANDO, DADO O TEMPO

CORRIDO DA PROMULGAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL INVOCADA E O RELEVO DA MATÉRIA, SE DEVA CONSIDERAR SUPERADO O PRAZO RAZOÁVEL PARA A EDIÇÃO DO ATO LEGISLATIVO NECESSÁRIO A EFETIVIDADE DA LEI FUNDAMENTAL; VENCIDO O TEMPO RAZOÁVEL, NEM A INEXISTÊNCIA DE PRAZO CONSTITUCIONAL PARA O ADIMPLEMENTO DO DEVER DE LEGISLAR, NEM A PENDÊNCIA DE PROJETOS DE LEI TENDENTES A CUMPRI-LO PODEM DESCARACTERIZAR A EVIDÊNCIA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PERSISTENTE OMISSÃO DE LEGISLAR. III. JUROS REAIS (CF,ART.192, PAR. 3.): PASSADOS QUASE CINCO ANOS DA CONSTITUIÇÃO E DADA A INEQUÍVOCA RELEVÂNCIA DA DECISÃO CONSTITUINTE PARALISADA PELA FALTA DA LEI COMPLEMENTAR NECESSÁRIA A SUA EFICÁCIA - CONFORME JA ASSENTADO PELO STF (ADIN 4, DJ 25.06.93, SANCHES) -, DECLARA-SE INCONSTITUCIONAL A PERSISTENTE OMISSÃO LEGISLATIVA A RESPEITO, PARA QUE A SUPRA O CONGRESSO NACIONAL. IV. MANDADO DE INJUNÇÃO: NATUREZA MANDAMENTAL (MI 107-QO, M. ALVES, RTJ 133/11): DESCABIMENTO DE FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O SUPRIMENTO DA OMISSÃO CONSTITUCIONAL, QUANDO - POR NÃO SER O ESTADO O SUJEITO PASSIVO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE EXERCÍCIO OBSTADO PELA AUSÊNCIA DA NORMA REGULAMENTADORA (V.G, MI 283, PERTENCE, RTJ 135/882) -, NÃO SEJA POSSÍVEL COMINAR CONSEQUÊNCIAS A SUA CONTINUIDADE APÓS O TERMO FINAL DA DILAÇÃO ASSINADA.

(MI 361, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em

08/04/1994, DJ 17-06-1994 PP-15707 EMENT VOL-01749-01 PP-00046) (grifou-se).

De acordo com o art. 5º, LXX da Constituição Federal, aplicável por analogia, a legitimidade ativa para a impetração do mandado de injunção coletivo caberá a: partido político com representação no Congresso Nacional; organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, e que tenha pertinência temática, em defesa dos interesses de seus membros ou associados:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA INSCRITA NO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89, QUE REGE O DIREITO DE GREVE NA INICIATIVA PRIVADA, ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. MANDADO DE INJUNÇÃO UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DO MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO-CONHECIMENTO. 1. **O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano.** 2. Este Tribunal entende que a utilização do mandado de injunção como sucedâneo do mandado de segurança é inviável. Precedentes. 3. O mandado de injunção é ação constitutiva; não é ação condenatória, não se presta a condenar o Congresso ao cumprimento de obrigação de fazer. Não cabe a cominação de pena pecuniária pela continuidade da omissão legislativa 4. Mandado de injunção não conhecido.

(MI 689, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006, DJ 18-08-2006 PP-00019 EMENT VOL-02243-01 PP-00001 RTJ VOL-00200-01 PP-00003 LEXSTF v. 28, n. 333, 2006, p. 139-143) (grifou-se).

É importante frisar que não há litispendência entre o mandado de injunção individual e o coletivo, pois a decisão procedente da injunção serve apenas para favorecer os seus impetrantes.

3.2.9 DOS RECURSOS

A decisão em sede de Mandado de injunção é passível de recurso. Nos casos de procedência do pedido é cabível recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, conforme art. 102, III, da CF, e recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, segundo art. 105, III, da CF. Se a decisão da injunção for denegatória cabe recurso ordinário constitucional para o STF, se foi caso de competência originária dos Tribunais Superiores, de acordo com o art, 102, II, *a*, da CF.

Também é possível a interposição de embargos de declaração, nos casos de omissão, contradição ou obscuridade. Se a decisão foi proferida em sede de primeiro grau são cabíveis ainda os recursos de apelação, agravo (retido ou de instrumento) e recurso adesivo (ALMEIDA, 2007, p. 657-658).

3.3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E MANDADO DE INJUNÇÃO

Em que pese o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão serem ações especializadas no combate das inconstitucionalidades por omissão, decorrentes da ausência de produção legislativa exigida pela Carta Magna, possuem naturezas diferenciadas.

Para Carlos Augusto Alcântara Machado:

> É de se averbar, no entanto, como observado por Roque Antônio Carrazza, que o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão assemelham-se, no fato de que ambos os instrumentos processuais têm cabimento diante da falta de norma regulamentadora de natureza infraconstitucional, que daria plena efetividade à norma constitucional que consagra direitos e liberdades constitucionais, ou prerrogativas

> inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Não mais que nisso (1999, p. 126).

Uma das suas diferenças é que o mandado de injunção integra o quadro do controle de constitucionalidade difuso, enquanto a ADO desempenha o controle concentrado. Possuem, ainda, individualizadas características, principalmente quanto à legitimidade ativa, ao órgão competente para seu julgamento e aos efeitos da decisão.

Para Flávia Piovesan:

> [...] embora ambos os instrumentos constituam mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção é instrumento de tutela de direito subjetivo, que não se confunde com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que é instrumento de tutela de direito objetivo (1995, p. 161).

Na injunção a legitimidade ativa será de qualquer pessoa que possua titularidade nos direitos e liberdades constitucionais que foram inviabilizados pela omissão normativa. Já na ADO, a legitimidade ativa é restrita aos enumerados no art. 103 da Constituição Federal.

Com relação ao órgão competente para julgamento, na ADO, por ser instrumento do controle concentrado de constitucionalidade, a competência pertenceria somente ao Supremo Tribunal Federal. No tocante ao mandado de injunção, que é um *writ* constitucional enquadrado no controle difuso de constitucionalidade, para a delimitação de competência será necessário analisar a autoridade ou órgão responsável pela elaboração da norma omissa.

Na ADO, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal cientificará apenas o Poder competente para que tome as devidas providências ou fixará prazo de 30 (trinta) dias para o órgão administrativo fazê-lo. Isto é, embora a ADO tenha a finalidade de tornar efetiva a norma constitucional não regulamentada, sozinha não será capaz de solucionar a omissão legislativa, posto que, somente o seu processamento não será capaz de tornar efetiva a produção da norma faltante. Diante disso, sua decisão tem caráter apenas declaratório. No mandado de injunção, ao contrário do que ocorre na ADO, o objeto

principal da lide é a solução do caso concreto e a causa de pedir é a inconstitucionalidade por omissão. Como no controle difuso os efeitos da decisão atingem somente as partes da demanda e, que a sentença faz lei nos limites do litígio, a solução da omissão inconstitucional se dará na via mandamental. Logo, o juiz poderá solucionar a falta de lei no caso concreto tomando as providências necessárias para dissolver a lide.

Carlos Augusto Alcântara Machado aduz ainda que:

> [...] a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão é muito mais abrangente que o mandado de injunção, já que a expressão medida diz respeito à falta de norma regulamentadora, como também à falta de ações administrativas ou de providências materiais necessárias à concretização da vontade da Constituição (1999, p. 127).

No tocante à possibilidade ou não de fungibilidade entre essas duas ações, o Supremo Tribunal Federal entende pela não admissão devido às diversas distinções existentes entre elas.

> MANDADO DE INJUNÇÃO. - O MANDADO DE INJUNÇÃO, COMO PREVISTO NO INCISO LXXI DO ARTIGO 5. DA CARTA MAGNA, SÓ É CABÍVEL QUANDO 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, O QUE IMPLICA DIZER QUE SÓ TEM LEGITIMIDADE PARA PROPÔ-LO O TITULAR DESSES DIREITOS, LIBERDADES OU PRERROGATIVAS CUJO EXERCÍCIO ESTEJA INVIABILIZADO POR FALTA DE SUA REGULAMENTAÇÃO. PORTANTO, AINDA QUANDO SE SUSTENTASSE QUE A COMPETÊNCIA PARA DESAPROPRIAR POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA FOSSE UM DIREITO CONSTITUCIONAL QUE ADMITISSE A IMPETRAÇÃO DE MANDADO

> DE INJUNÇÃO, FALTARIA AO ESTADO DO PARANÁ LEGITIMIDADE PARA IMPETRÁ-LO, UMA VEZ QUE DELE NÃO SERIA TITULAR. - NÃO EXISTE EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO O INSTITUTO DA FUNGIBILIDADE DE AÇÕES, A PERMITIR QUE O JUIZ, DE OFÍCIO OU A PEDIDO RESULTANTE DE DÚVIDA DO AUTOR, TENHA UMA AÇÃO (A PRÓPRIA) POR OUTRA (A IMPRÓPRIA), SE O ERRO FOR EXCUSÁVEL. MANDADO DE INJUNÇÃO NÃO CONHECIDO POR FALTA DE LEGITIMIDADE ATIVA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DE CONVERSÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.
>
> (MI 395 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/1992, DJ 11-09-1992 PP-14712 EMENT VOL-01675-01 PP-00112 RTJ VOL-00142-02 PP-00390)

Para tanto, em que pese ainda existir uma problemática acerca da omissão normativa federal brasileira, a simples existência desses dois instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão na ordem constitucional pátria, criados com a Constituição Federal de 1988, já é o primeiro passo para garantir uma maior efetividade da Constituição Federal.

4 CONCLUSÃO

A partir desse trabalho é possível se extrair diversas conclusões. Uma delas é a de que a omissão legislativa decorre do dever que o legislador tinha de agir, ou seja, ele estava constitucionalmente compelido a atuar, mas não o fez.

Assim, a omissão legislativa brotou a partir dessa responsabilidade do legislador de garantir a devida aplicação das normas. Além disso, passou a existir a inconstitucionalidade por omissão, decorrente também da Constituição de 1988, como uma espécie de sanção ao Poder Público para que tome providências que sanem as omissões normativas.

Pode-se perceber que a inconstitucionalidade por omissão se encontra intrinsecamente ligada à eficácia das normas constitucionais, importando numa valorização da força normativa da Constituição. A partir dessa preocupação em manter intactos e eficazes os ditames constitucionais é que surgiram os mecanismos de controle de constitucionalidade das normas.

O Controle de Constitucionalidade das leis é um mecanismo que visa à verificação da compatibilidade das normas infraconstitucionais em face da Constituição Federal. Esse controle é feito judicialmente.

Para o saneamento das omissões legislativas pode-se elucidar duas ações voltadas ao seu controle de constitucionalidade: o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Apesar da concepção desses instrumentos, muitas normas ainda se encontram inoperáveis, necessitando de tratamento específico, pois o legislador permaneceu inerte.

Em que pese os dois institutos serem responsáveis por assegurar a supremacia constitucional e ter por finalidade extirpar a inconstitucionalidade por omissão, possuem gritantes diferenças, dentre elas, a legitimidade ativa, o órgão competente para seu julgamento e os efeitos da decisão de seu julgamento.

Na ADO, a capacidade postulatória ativa é restrita ao rol de legitimados enumerados no art. 103 da Constituição Federal. No Mandado de injunção a legitimidade ativa será de qualquer pessoa que possua titularidade nos direitos e liberdades constitucionais que foram inviabilizados pela omissão legislativa.

Uma das diferenças é que o mandado de injunção integra o quadro do controle de constitucionalidade difuso, também conhecido como um *writ* ou remédio constitucional tendo por objeto principal a solução da lide no caso concreto, sendo necessário para a delimitação de competência para julgamento, analisar a autoridade ou órgão responsável pela elaboração da norma faltante. Sua decisão atinge apenas as partes do litígio.

Já a ADO, por desempenhar o controle concentrado, tem para a competência de julgamento e proferimento de decisão o Supremo Tribunal Federal, gerando efeitos *erga omnes*.

Como o Direito é uma ciência em constante evolução, houve algumas alterações ao longo do tempo sobre a concepção das ações tratadas e principalmente em seus efeitos, tendo a jurisprudência do Supremo

Tribunal Federal acompanhado essas mudanças, pois, durante certo tempo, a Suprema Corte entendia pela equiparação dos efeitos da decisão do Mandado de Injunção ao da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Conclui-se que a decisão na ADO tem caráter declaratório, pois a sua decisão apenas cientifica o Poder competente para que tome as providências necessárias ou fixe prazo de 30 (trinta) dias para o órgão administrativo fazê-lo.

Quanto ao mandado de injunção, a sua decisão tem caráter mandamental, pois como é instrumento do controle difuso, seus efeitos alcançam apenas as partes do litígio, tendo o juiz que solucionar a falta de lei no caso concreto.

A criação desses instrumentos para a ordem constitucional brasileira já é um avanço para o constitucionalismo pátrio. Resta, apenas que os três Poderes atuem juntos para a consolidação dos direitos e garantias fundamentais, contribuindo para que a supremacia constitucional seja garantida.

Enfim, espera-se que, com os instrumentos responsáveis pelo controle judicial das omissões legislativas, seja configurada a *Lex Maxima* a devida efetividade, cabendo a atuação do Legislador para o seu zelo e guarda.

—

PROCEDURAL INSTRUMENTS OF UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION OF CONTROL

ABSTRACT: This study aims to reach the problematization of legislative omission in the National Constitutionalism, that gained ratio with the coming into the legal world of the 1988's Federal Constitution. It will appoint the origins and types of legislative omissions, indicating the appropriate consequences in the juridical sphere of this normative absence. The main theme of this article is the judicial review of legislative omissions, which it will describe how this control is accomplished, through its two main instruments: the Writ of Injunction and the Direct Action of Unconstitutionality by Omission. Then it will be explained the pertinence of these two actions, the active and passive legitimacy, competence for trial, process and procedure, effects of decisions, and jurisprudence.

KEYWORDS: Omission. Rules. Judicial Review.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodvim, 2008.
ALMEIDA, Gregório Assagra. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. BERNARDES, Juliano Taveira. *Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no Direito brasileiro*. Disponível em http://jus.com.br/revista/texto/6126/novas-perspectivas-do-controle-da-omissao-inconstitucional-no-direito-brasileiro Acessado em 08/09/2011.
BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5. rev. ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2011.
FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção* – Um instrumento de efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999.
MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
PIOVESAN, Flávia C. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional*: Princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *O Mandado de Injunção e a inconstitucionalidade por Omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.