ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

O CONTROLE JURISDICIONAL DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E O MANDADO DE INJUNÇÃO

JUDICIAL REVIEW OF UNCONSTITUTIONAL OMISSION - THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION AND THE INJUNCTIVE WRIT

Candice Hellen Sousa de Freitas*
João Batista de França Silva*

RESUMO: O objeto deste estudo é apresentar soluções outras para as decisões sobre a inconstitucionalidade por omissão na ação direta de inconstitucionalidade por omissão e no mandado de injunção. A análise parte da necessidade de efetivação dos comandos constitucionais, discutindo as limitações do posicionamento do Supremo Tribunal Federal.
Palavras-chave: Inconstitucionalidade por omissão. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Mandado de Injunção. Efeitos das decisões.

ABSTRACT: The object of this study is to provide solutions to other decisions on the unconstitutionality by omission in the direct action of unconstitutionality by omission and the injunctive writ. The analysis departs from the need for enforcement of constitutional provisions, discussing the limitations of the positioning of the Supreme Court.
Keywords: Unconstitutionality by omission. Direct action of unconstitutionality by omission. Writ of Injunction. Effects of decisions.

As idéias, mesmo quando contestáveis, também adquirem, mediante o domínio que exercem sobre os espíritos, uma poderosa influência sobre a formação do direito (Hans Kelsen[1]).

1 KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 201.

* Acadêmicos do 5º período do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN.

1 INTRODUÇÃO

É com total perplexidade, para não dizer assombro, que verificamos o tratamento das omissões inconstitucionais no ordenamento jurídico brasileiro. É que a própria Constituição da República, bem assim a legislação infraconstitucional, manisfestaram-se de maneira desidiosa quando da regulamentação da omissão inconstitucional.

A Carta Federal de 1988 prevê dois instrumentos aptos a tratar da omissão inconstitucional, sendo eles a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no parágrafo 2º do art. 103, e o mandado de injunção, no inciso LXXI do art. 5º. Não passa imune a críticas a forma como se encontram dispostos os institutos na Carta federal, sendo patente a total ausência de sistematicidade no tratar da matéria, não obstante os efeitos aplicáveis aos *writs* estejam diretamente relacionados com a efetividade da própria Constituição. E não tão-somente, vez que, na esteira infraconstitucional, a Lei 9.868/99 não fez qualquer referência ao procedimento a ser adotado na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Ademais, as já tradicionais técnicas de decisões têm se mostrado insuficientes no que tange ao referido controle, pois que a anulação da norma, como se faz com a a ação direta de inconstitucionalidade por ação, é debalde, porquanto não existe, na omissão total, norma a ser anulada, e, no mesmo sentido, na omisão parcial, a anulação da norma aprofundaria o estado de inconstitucionalidade, em vez de saná-lo.

Estabelecidos esses pressupostos, este trabalho intenta analisar novas perspectivas para o controle da omissão inconstitucional, através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, tendo em vista, primordialmente, a efetividade da Lei Maior.

2 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Quando a Constituição, por exemplo, dispondo acerca dos Direitos Fundamentais, enumera um rol deles, não está visando tão-somente, consoante a clássica visão burguesa, à proibição de ingerência indevida do Estado na esfera in-

dividual; outrossim, expressa um postulado de proteção, pois não se cuida apenas de ter liberdade em relação ao Estado, mas de desfrutá-la mediante a atuação dele.

Nessa esteira, se ao agir, edita leis que, ainda no mesmo exemplo, afrontam aos Direitos Fundamentais e, portanto, à Constituição, essas leis são tidas por inconstitucionais, pelo que se impõe a sua cassação através do controle de constitucionalidade. Incorre o Estado, através dessa conduta, na inconstitucionalidade por ação, mas não é esta a única forma de infringir o que dispõe a Lei Maior. A moderna dogmática constitucional não considera apenas a conduta positiva como passível de violar os ditames constitucionais, cogita, ao revés, da ausência mesma da conduta como forma de violação da Norma Fundamental.

Essa inércia, que caracteriza a omissão inconstitucional, não se trata de um simples não-fazer, ou, por outra, da inatividade entendida naturalisticamente; trata-se, em verdade, do descumprimento do dever constitucional de legislar. Assim é que, como salienta Cantilho, o "dever geral de emanação de leis não fundamenta uma omissão inconstitucional"[2], ao revés, a omissão aqui considerada, suscetível ao controle jurisdicional, é aquela decorrente da inércia do legislador de cumprir os ditames do poder constituinte originário, quando este deixa clara a obrigação daquele de dar efetiva aplicabilidade às normas constitucionais.

Nesse sentido, Juliano Bernades Taveira, quando preleciona,

> [...] a omissão inconstitucional juridicamente sindicável decorre tão-só das lacunas constitucionais intencionais que representam opção consciente do constituinte em transferir aos órgãos constituídos a tarefa de implementar a plena aplicabilidade da regulação referente a determinados bens jurídicos constitucionalizados.[3]

À guisa de elucidação, vislumbremos a seguinte hipótese: o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determina ao Congresso

2 Apud. BERNARDES, Juliano Taveira. Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional do direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano. 9, n. 539, 28 dez. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6126>. Acesso em: 15 jul. 2006.

3 Idem.

Nacional que no prazo de cento e vinte dias após a promulgação da Constituição, proceda à elaboração de um código de defesa do consumidor. Imaginemos então a inércia do legislador em elaborar o referido código no prazo assinalado pela própria Constituição; estaríamos diante de flagrante omissão inconstitucional, caracterizada pelo descumprimento do dever de legislar.

Frise-se, por oportuno, que a omissão inconstitucional não cuida tão-somente da inércia legislativa, mas também do atendimento incompleto, ou parcial, do dever constitucional de legislar, que pode se configurar, por exemplo, com a chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade.

"Se a norma afronta ao princípio da isonomia", afirma Gilmar Ferreira Mendes, "concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas"[4], tem-se a exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade.

Delineados os fundamentos da inconstitucionalidade por omissão, cumpre agora perquirir quais são os tipos de omissões admitidas pela Constituição, destacando-se que a doutrina pátria tem sido pródiga em classificações, não sendo da alçada desse trabalho exauri-las, evitando-se o desvio do seu escopo principal. Portanto, nos termos da Constituição, pode-se cogitar de omissão de medidas administrativas e de omissão legislativa.

2.1 OMISSÃO LEGISLATIVA

Como já foi feita referência alhures sobre o dever constitucional de legislar, a omissão legislativa trata justamente do descumprimento dessa tarefa, que é, notadamente, a de dar plena aplicabilidade às normas constitucionais.

Assim, de plano, pode-se excluir a apreciação do controle jurisdicional de normas de eficácia plena, de auto-aplicabilidade ou, ainda, de aplicabilidade direta, as quais não dependem de uma ulterior atividade do legislador a fim de conferir à norma plena aplicabilidade. O STF já se posicionou nesse sentido, não conhecendo das Adins de números 297 e 480.

4 MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.** Material da 3ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG

No mesmo quadrante figuram aquelas normas cujo conteúdo representa diretrizes a serem perseguidas pelo Estado, e que dependem do juízo deste sobre a oportunidade e conveniência, além, claro está, das condições materiais, ou do que a doutrina vem denominando de reserva do financeiramente possível. Impende ressaltar, portanto, que o descumprimento dessas normas ditas programáticas poderá até ensejar inconstitucionalidade, não sendo cabível, entretanto, sua submissão ao controle jurisdicional, porquanto sua concretização depende, essencialmente, da atividade política[5].

No que tange àquele dever constitucional de legislar, tantas vezes já aclamado, não se pode olvidar da apreciação temporal. Aquelas normas constitucionais que dependem da interferência superveniente do constituinte derivado, para caracterizar uma omissão juridicamente controlável, há que ser considerada sob o prisma do transcurso razoável de tempo. É que não é possível dar plena aplicabilidade às normas constitucionais levando em consideração o processo legislativo e suas peculiaridades – enfim, os debates imprescindíveis ao Estado democrático – sem a apreciação do tempo e, principalmente, seu transcurso. É o posicionamento do Min. Sepúlveda Pertence, quando declara,

> [...] a mora – que é pressuposto de inconstitucionalidade da omissão legislativa –, é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido pela promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da Lei Fundamental; vencido o prazo 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.[6]

5 Esse posicionamento, todavia, não é pacífico na doutrina pátria. Paulo Bonavides, a citar apenas esse, advoga posicionamento contrário: "Esse novo instrumento, provavelmente de inspiração constitucional portuguesa, se dirige sem dúvida aos comportamentos omissivos do legislador como uma garantia destinada a resolver o problema da eficácia das normas constitucionais programáticas, principalmente em matéria de direitos sociais. O silêncio legislativo ulterior em muitos preceitos que demandam ação complementar ou regulamentadora do dispositivo constitucional tolheu ou invalidou alguns avanços básicos do Estado social brasileiro" (In: **Curso de Direito Constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 332).

6 In: MI 361, DJU de 17 de junho de 1994, p. 15.707.

Eis os liames fundamentais da omissão legislativa.

2.2 OMISSÃO ADMINISTRATIVA

Não é apenas a mora legislativa que desencadeia a omissão inconstitucional, pois que para caracterizá-la, omissões outras, que não a legislativa, muitas vezes obstam a plena aplicabilidade da Constituição, sendo imperiosa a sua superação. É que, como afirma Walter Claudius Rothenburg, "a linguagem do constituinte pátrio alberga qualquer modo de descumprimento de comandos constitucionais", já que a Lei Maior se refere à "medida para tornar efetiva norma constitucional"(art. 103, parágrafo 2º), e prossegue aquele autor, "e autoriza a adoção de qualquer providência (desde que necessária), por qualquer 'Poder'(sem especificar)"[7].

Não obstante, autores há que, no que diz respeito aos atos administrativos propriamente ditos, acreditam não haver, ou, se há, dificilmente, um deles que torne plena a aplicabilidade de norma constitucional. Deste não destoa o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, quando aduz,

> Por força do próprio princípio do Estado de Direito e de um dos seus postulados básicos –, o princípio da legalidade da Administração – é difícil imaginar ato administrativo indispensável, para ***tornar efetiva norma constitucional***. Até mesmo as medidas estatais de índole organizatória, que, na moderna dogmática dos Direitos Fundamentais, são abrangidos pela ampla designação de 'direito à organização e ao processo', [...] pressupõe a existência de lei autorizadora.[8]

Mas ameniza seu posicionamento, quando conclui que "não se pode, [...], excluir de plano a possibilidade de que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tenha por objeto a organização de determinado

7 In: **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito:** perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 86

8 In. **Os diferentes tipos de inconstitucionalidade.** Material da 2ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG.

serviço ou a adoção de determinada providência de índole administrativa".[9]

Data maxima venia do pensamento do eminente Ministro, perfilhamos, por nossa parte, entendimento diverso, posto que o dispositivo legal em comento não exige ato de índole *normativa*, pelo que se impõe considerar também os atos administrativos, e, portanto, de ser apreciada a omissão administrativa, desde que esta obste a efetividade de norma constitucional.

Destarte, com o fito de corroborar nossa percepção, considere-se a situação hipotética de o Presidente da República deixar de nomear os ministros do Supremo Tribunal Federal, consoante prescrevem os art. 84, inciso XIV, e 101, parágrafo único, da Constituição da República, o que poderia implicar no impedimento do exercício do controle de constitucionalidade, já que a Lei Maior exige a maioria absoluta dos integrantes para o conhecimento da inconstitucionalidade.[10]

3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

O constituinte originário, objetivando dar efetividade à Constituição, dispõe, dentre os instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade, acerca daquele apto a controlar a inconstitucionalidade por omissão, qual seja, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Com efeito, prescreve o art. 102, parágrafo 2º: "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".

Tal preceito tem sua inspiração no art. 283 da Constituição portuguesa, todavia vai mais além quando, ademais de optar pela mera comunicação – se a mora for legislativa –, adotou a intimação com comunicação do prazo nos casos da mora de órgão administrativo.

A Constituição, como se percebe, ao tratar da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi muita tímida, restando clarividente a incúria

9 In. **Os diferentes tipos de inconstitucionalidade.** Material da 2ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG

10 O exemplo é de Walter Claudius Rothenburg.

do constituinte originário, sendo mesmo omisso no que atine à própria omissão. Lamentavelmente, seguiu a mesma trilha o legislador infraconstitucional, uma vez que, editada a lei 9.868, a qual regulamenta o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por ato comissivo e da ação declaratória de constitucionalidade, não fez qualquer menção, mínima que fosse à inconstitucionalidade omissiva.

Ora, como a matéria condiz com a efetividade da própria Constituição, impõe-se a busca de alternativas outras para o enfretamento do problema da omissão inconstitucional, pois a atual inoperância do legislador infraconstitucional, e, bem assim, aquela do poder constituinte originário, pode culminar, como diz Paulo Bonavides, na desestabilização da ordem constitucional e do Estado Social que a Constituição mesma visa estabelecer e resguardar[11].

3.1 EFEITOS DA DECISÃO NO CONTROLE ABSTRATO

Indubitavelmente, tendo a Constituição criado instituto para combater a omissão constitucional, seja em abstrato, que ora analisamos, seja em concreto, cujo estudo faremos a seguir, configurado está, no ordenamento jurídico brasileiro, um direito subjetivo público a uma ação positiva de índole normativa por parte do legislador[12].

Não obstante a isso, de nada adianta, ao menos no que tange ao controle abstrato, ter a Lei Maior garantido esse direito, e não assegurar sua efetivação. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é debalde se seus efeitos restringirem-se a mera ciência ao poder legislativo omisso. Ora, dar ciência ao Poder Constituinte Derivado da inércia em cumprir o seu dever constitucional de legislar, é cientificá-lo do que já é por ele sabido.

KELSEN mesmo, conquanto não tenha cogitado da fiscalização da omissão, afirmava que o controle de constitucionalidade poderia ser feito

11 In: **Curso de Direito Constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 333.

12 MENDES, Gilmar Ferreira. Efeitos da decisão de controle abstrato. Material da 6ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFGIn. Os diferentes tipos de inconstitucionalidade. Material da 2ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG.

de duas maneiras: a inaplicação da norma inconstitucional e a responsabilização pessoal do órgão de que ela originou. Com efeito, pontifica o eminente pensador: "a constitucionalidade da legislação [...] pode ser garantida por dois meios distintos: a responsabilidade pessoal do órgão que promulgou a norma inconstitucional e a inaplicação da mesma".[13]

Tal raciocínio poderia ser aplicado, com vistas a ver efetivada as disposições constitucionais no caso da omissão inconstitucional, impondo-se a aplicação de uma sanção ao órgão renitentemente omisso, porquanto "agitar a problemática das imposições constitucionais", consoante leciona CANOTILHO, "sem a análise de um sistema de sanções vigente pode conduzir a um simples sistema teorético", e conclui, "com manifesto desprezo pelos resultados práticos"[14].

Sancionar o órgão omisso seria viável tanto mais quanto sua omissão caracterizasse um verdadeiro excesso de poder em sentido negativo. Ou seja, se a omissão do poder for fruto de mero capricho de quem teria a competência de fazê-lo. É nesse contexto que perfilhamos do ensinamento de Walter Claudius Rothenburg, que defende a troca do sujeito, quando este se mantiver omisso por um período razoável.

Com efeito, "na busca de satisfação às promessas constitucionais", é o dizer de Walter Claudius, "a proposta trazida pelo presente estudo sustenta a substituição do titular constitucionalmente indicado a realizar tais tarefas, por outro sujeito encontrável nos quadrantes da constituição"[15]. Isto em razão de "um exercício inadequado das incumbências constitucionais – por falta de desempenho ou desempenho inadequado – ", ainda consoante aquele autor, "pode acarretar a perda da legitimidade e autorizar uma troca de sujeito constitucional"[16].

13 In: **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 303.

14 Apud. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito:** perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 21.

15 In: **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito:** perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 85.

16 Idem. p. 161. Num outro trecho: "A não-consecução das finalidades estabelecidas na constituição autoriza a emergência de um controle de constitucionalidade que, com efeito possível, pode apresentar uma alteração do sujeito competente, sempre que essa alternativa se mostre hábil a destituir um titular constitucional que falhe na realização dos objetivos que a constituição lhe atribui alcançar, para encontrar outro sujeito disposto a desempenhar tal tarefa de concretização e cumprir as promessas constitucionais" (p. 173).

Assim, declarada a inconstitucionalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, seria viável, como sanção ao poder omisso, a sua destituição, com a designação de outro, com fito único de implementar a constituição. No dizer de Walter Claudius,

> Perceba-se que, não tendo o constituinte, ao disciplinar os efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, Parágrafo 2º) determinado a que "Poder" será dado ciência para a adoção das providências necessárias a colmatar a lacuna constitucional, pode o encarregado da fiscalização de constitucionalidade (Supremo Tribunal Federal) determinar o destinatário – dentro de opções que o sistema constitucional positivo ofereça. Assim, para ilustrar, uma omissão do Poder Legislativo federal pode redundar em ciência ao Poder Legislativo de alguma outra unidade da federação (que seria o "Poder competente para a adoção das providências necessárias"), [...].[17]

Ora, o controle de constitucionalidade por omissão deve ter por fito a efetivação da Constituição, a mera ciência ao órgão omisso, como assentou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é perpetuar a perspectiva de que os direitos e garantias inscritas na Carta Política são meras metáforas, cujo cumprimento nunca se dará. Ainda no dizer prestimoso de Walter Claudius,

> A injustificável inércia ou inaptidão em realizar determinações constitucionais, nesses casos extremos, configura uma autêntica crise e pode levar a uma quebra da constituição, e prossegue, "a alteração da atribuição constitucional original de competência ('quem') justificar-se-ia por interpretação sistemática e teleológica, para preservar a imposição constitucional original de realização ('o que') .[18]

De se ressaltar ainda, por oportuno, que não ocorre aqui a famigerada usurpação do Poder Judiciário da competência legislativa, já que, *"sugestões como essa"*, é o dizer de Walter Claudius,

17 Idem. p. 91.
18 Idem. p. 117.

> Respeitam a intermediação do legislador, pois não pretende subtrair o espaço de conformação legislativa, apenas trocar o sujeito (do legislador federal para o estadual), e continua, "não desinvestem completamente o titular originário da competência, podendo ele exercitá-la a todo momento (com o que se daria a suspensão de eficácia da atuação subsidiária: artigo 24, parágrafo 4º, da Constituição brasileira), concluindo, "mas assim a inação do titular originário não provocaria a ausência absoluta de disciplina legal.[19]

Em face do exposto, a perspectiva de dar efetividade à Constituição, quando um órgão competente constitucionalmente mantém-se omisso, não cumprindo o dever constitucional de legislar, impõe-se, paralelamente à declaração de inconstitucionalidade, em casos excepcionais, a sua destituição temporária, dentro de um quadro que a própria constituição traz[20], sem olvidar de uma justificação razoável.

4 MANDADO DE INJUNÇÃO

Consoante restou assentado alhures, a omissão inconstitucional recebeu atenção diferenciada do constituinte originário, posto haver previsão expressa na Lei Maior de 1988 de dois *writs* intentando combater efetivamente a inércia legiferante que obsta a regular fruição dos direitos e liberdades constitucionais. No âmbito do controle abstrato, disciplinou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (Adino), ao passo que o controle difuso ou concreto se efetuará por meio do Mandado de Injunção (MI).

Passemos à análise do instrumento apto a combater a omissão incons-

19 Idem. p. 145.

20 Assim, por exemplo, o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O indigitado artigo prescreve o dever do Congresso Nacional, dentro do prazo de 120 dias da promulgação da Constituição, de elaborar o Código de Defesa do Consumidor. Imaginemos então a situação hipotética de passado o prazo estipulado pela Constituição, e o Congresso Nacional, por mero capricho, não tenha obedecido ao ditame. Então, com fulcro na Constituição mesma, o Congresso Nacional perderia a competência, temporariamente, de legislar sobre o Consumo, ao mesmo passo que seria dada ciência às Assembléias Legislativas para que elaborassem lei sobre o assunto, justificando, tal troca de sujeito, no art. 24, incisos V, VIII e parágrafo terceiro. É que compete concorrentemente a União e aos Estados legislarem sobre produção e consumo, responsabilidade por dano ao consumidor, e, bem assim, "inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exerceram competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades".

titucional i*n concreto*, delineando, de forma sucinta, suas principais características, bem como a forma como vêm sendo estabelecidos seus efeitos práticos nas decisões que o concedem, fazendo um paralelo entre os pensamentos doutrinários hodiernos e os julgados concernentes ao mandado de injunção.

4.1 ORIGEM E DEFINIÇÃO

Impende assinalar, de antemão, que o instituto em comento foi uma das mais expressivas e arrojadas inovações do legislador originário da Carta-Cidadã de 1988. Fitou o constituinte, sobremodo, prescrever um meio eficaz para assegurar o pleno exercício dos direitos e garantias fundamentais esculpidos na novel Carta Magna, quando estes se encontram obstados pela ausência de norma regulamentadora.

No que atine à sua origem, vislumbra-se certa celeuma entre seus hermeneutas, sobressaindo-se, no entanto, a tese de que o presente remédio constitucional advém do sistema jurídico inglês, visto que o *Writ of Injunction* largamente utilizado nos EUA é cabível quando uma norma apresenta-se insuficiente ou incompleta, atuando o juiz de forma a fornecer a solução ao caso concreto com supedâneo na eqüidade, suprindo a norma se necessário.

Os seguidores dessa orientação quanto à procedência do mandado de injunção, corroboram com a idéia de que o escopo do constituinte pátrio foi de conceder aos cidadãos um *writ* apto a tornar exercitáveis, ou, ao menos, fruíveis os direitos e liberdades previstos na Constituição Federal.

Cumpre trazer à colação o dispositivo constitucional que prevê o indigitado instituto, *in verbis*:

> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à soberania e à cidadania, nos seguintes termos:
> [...]
> LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Salutar a definição do eminente constitucionalista José Afonso da Silva, para quem 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"[21].

Em estudo específico sobre o tema, Diomar Ackel Filho, leciona que o mandado de injunção

> É uma ação constitucional sumária, especial, garantidora de direitos básicos, com aspectos símiles as do mandado de segurança, embora com caráter mais restrito, subsidiária, sendo, pois, cabível apenas quando a ausência de normas regulamentadoras obsta ao exercício dos direitos constitucionais.[22]

Destarte, analisando a dicção do inciso constitucional que disciplina o *writ* em estudo, depreende-se que foi ele um instituto criado pelo constituinte em favor do cidadão que encontre óbice para a regular fruição dos direitos consagrados na Lei Maior em decorrência da omissão legislativa no que atine à elaboração da norma regulamentadora.

4.2 PRESSUPOSTOS

Tendo sido esboçada, ainda que de maneira perfunctória, a definição do presente *mandamus* constitucional, já se pode vislumbrar a presença de dois pressupostos a ele inerentes, quais sejam: a) Que o direito, liberdade ou prerrogativa esteja albergado pela Constituição; b) que a falta de norma regulamentadora esteja impedindo ou obstando a fruição de tal direito.

Desta feita, pode-se assegurar que terá cabimento o mandado de injunção sempre que o pleito se consubstanciar em direito concedido pela Carta Federal, mais detidamente, direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, os quais devendo se revelar inócuos ou ineficazes ante a desídia legislativa em promover a edição de norma regulamentadora que os viabilize.

21 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 426.
22 ACKEL FILHO, Diomar. Mandado de Injunção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 628, 1988. p. 423.

4.3 EFEITOS

É irrefragável que o maior embate doutrinário e jurisprudencial acerca do tema em epígrafe assenta-se no estabelecimento dos efeitos práticos que pode conceder a sentença que julga a procedência do *writ*, suscitando tal problemática sérias controvérsias atinentes à eficácia do mandado de injunção.

De bom alvitre ressaltar as correntes doutrinárias e jurisprudenciais mais expressivas.

A primeira corrente arrima-se no entendimento de que a concessão do direito ao impetrante no caso concreto por meio de uma sentença judicial seria uma afronta ao princípio da separação dos poderes. Defendem que ao magistrado incumbe apenas a tarefa de aplicar a lei existente ao caso concreto, sendo inadmissível fazer as vezes do legislador suprindo normas. Os adeptos deste posicionamento julgam inaceitável até mesmo a cominação de prazo para que o Legislativo ou Executivo procedam com a devida regulamentação, aduzindo que a imposição de ordens de um poder ao outro vai de encontro ao clássico princípio da Independência dos Poderes estatais. Desta feita, restaria ao Tribunal apenas notificar a omissão ao órgão legislativo competente, sendo dado ao Mandado de Injunção efeitos análogos aos da Adin por omissão.

Coadunando do entendimento *supra* delineado, impende trazer à baila a conclusão acerca da natureza jurídica do presente *mandamus* que foi dada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do MI 107, *ipsis litteris*:

> Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está 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, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão** (artigo 103, § 2º, da Carta Magna) " (Grifo não constante no original).

Em pórtico diverso, uma segunda corrente propaga que o mandado de injunção tem a função de, no caso concreto, fazer com que o juiz sentencie de forma a deferir ao autor a prerrogativa obstaculizada. Assim, o magistrado criaria uma espécie de "norma concreta", que vigoraria apenas entre as partes. Indubitavelmente esta é a corrente majoritária na doutrina.

No impoluto dizer de Carlos Mário Velloso:

> O mandado de injunção, por ter caráter substantivo, faz as vezes de norma constitucional e integra o direito ineficaz, em razão da ausência dessa norma infraconstitucional, à ordem jurídica, assim na linha de Celso Barbi, no sentido de que o juiz cria "para o caso concreto do autor da demanda uma norma especial', ou adota 'uma medida capaz de proteger o direito reclamado".[23]

Em consonância com tal posicionamento, acentua José da Silva Pacheco com a maestria que lhe é peculiar,

> A posição que acolhemos repousa na obrigatoriedade das normas e garantias constitucionais e no princípio de que é obrigação do Estado propiciar os meios para que os cidadãos possam exercer os seus direitos e prerrogativas constitucionais, de modo que a omissão de algum setor ou poder público não tolha nem impeça aquele exercício, sob pena de negação da norma, o que seria contraditório e absurdo e, por isso mesmo, inconcebível e inadmissível [...].

Para mais a frente arrematar: "Este (mandado de injunção) não visa determinar a regulamentação mediante advertência ou cominação dentro de certo prazo, como a alguns tem parecido, mas decidir, soberanamente, suprindo a lacuna legal, ordenando, se for o caso, o livre gozo e exercício do direito constitucional" [24].

Registre-se ainda a existência de uma terceira corrente, a qual conjuga elementos das duas anteriores. Os seus adeptos pugnam por uma notifi-

23 VELLOSO, Carlos Mário. As novas garantias constitucionais. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, n. 644, p. 07-17, Jun. 1989, p. 13.

24 PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 384.

cação ao órgão competente para a emissão da norma, sendo-lhe concedido um prazo razoável para a sua edição. Caso o prazo conferido transcorra *in albis*, é atribuída ao postulante a prerrogativa reclamada. O principal defensor dessa corrente é o Ministro do Pretório Excelso Néri da Silveira, que entende plausível a concessão de um prazo de 120 dias para que seja suprida a lacuna, para só então concretizar o direito do impetrante.

Uma análise joeirada dos posicionamentos conflitantes acerca do tema é o passo preliminar para que se perquira o real intuito do constituinte originário quando da prescrição do *writ* em epígrafe.

Parece inatacável a assertiva de que o constituinte originário vislumbrou o combate efetivo à indolência legiferante que sempre conspurcou a plena eficácia do ordenamento jurídico pátrio. Irretorquível ainda a pretensão do legislador constitucional de conceder ao mandado de injunção aplicabilidade imediata, tanto que suprimiu a expressão "na forma da lei" constante no projeto inicial.

Sendo digna de encômios a previsão constitucional do instituto, mister que se proceda com a melhor hermenêutica jurídica para conferir real eficácia ao *writ* injuncional. Desse modo, devem ser avaliadas como inadmissíveis as interpretações exacerbadamente restritivas que acabem por ensejar completa inocuidade ao célebre remédio constitucional. Imperioso afastar, portanto, o entendimento que confere ao instituto os mesmos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, já intensamente criticada pela carência de efetividade que tem lhe concedido os tribunais pátrios.

Saliente-se, por oportuno, que não há violação ao princípio da separação dos poderes quando a sentença mandamental defere ao impetrante o direito no caso concreto, visto que é a própria Constituição Federal – a mesma que estipula a separação dos poderes – a prever a injunção, e ao Judiciário cabe tão somente reconhecer a existência do direito constitucional, aplicando-o ao conflito concreto, ainda que para isso tenha de haver alguma construção judicial. Não se pode olvidar ainda que a prescrição constitucional da separação dos poderes não pode ser interpretada de forma isolada ou absoluta, uma vez ser cediço que o ordenamento vigente é adepto da teoria dos freios e contrapesos (*check and balances*), o que dá azo a um

mútuo controle exercido entre os poderes. Diante de tais assertivas, sucumbe a interpretação que entende como apropriada a tutela jurisdicional que tão somente declara a omissão e notifica o órgão desidioso.

Seguindo essa esteira de raciocínio, é praticamente remansosa a doutrina que pugna por uma maior efetividade no provimento judicial em sede de mandado de injunção, porfiando que a omissão inconstitucional deve ser tenazmente combatida, o que só se dará com a adoção de medidas eficazes do judiciário em detrimento da acídia contumaz do órgão legiferante.

É fato inconteste que os pretórios pátrios têm negado ao mandado de injunção a plena eficácia que possivelmente lhe quis conceder o constituinte e que é aclamada quase de forma uníssona pela doutrina pátria. Tal relutância judicial em prestar uma tutela eficaz em sede injuncional acaba por procrastinar a resolução das lides submetidas ao seu julgo, lançando por terra direitos insignes, quando sua incumbência constitucional é a de prestar a adequada tutela jurisdicional.

Desta feita, os posicionamentos pretorianos que teimam em manter o caráter inócuo do mandado de injunção, negando-lhe os mínimos efeitos capazes de ensejar a regular fruição dos direitos previstos na Carta Federal, não coadunam com a interpretação sistemática da Constituição e carecem de fomento jurídico.

Destarte, apenas duas dentre todas as correntes analisadas aqui são dotadas de plausibilidade, quais sejam: a) a que concede prazo razoável para que o órgão legiferante supra a lacuna emitindo a norma regulamentadora, e, só em caso de permanente omissão seja concedido o direito postulado pelo impetrante; b) a que desde logo confere ao jurisdicionado o almejado bem de vida pleiteado em juízo, posto que a omissão da norma regulamentadora não poderá conspurcar a obrigatoriedade da norma constitucional

Sob o prisma da tutela jurisdicional adequada, pode-se inferir que o posicionamento mais condizente com o princípio do efetivo acesso à justiça é o que defere de pronto o bem da vida aclamado pelo jurisdicionado, haja vista proporcionar a imediata satisfação do direito assegurado constitucionalmente ao impetrante. Corroborando de tal assertiva, pragmaticamente pontifica o arguto constitucionalista José Afonso da Silva, em sua primeira análise ao instituto:

> A previsão constitucional do mandado de injunção tem duas grandes conseqüências: 1) torna potencialmente eficaz e imediatamente aplicável normas constitucionais conferidoras de direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, quando dependente de regulamentação; 2) alarga a atividade jurisdicional, porque confere ao juiz competência para, no julgamento do mandado de injunção, decidir por equidade e assim aplicar a norma que estabeleceria como se fosse legislador. Foi, sem dúvida, uma homenagem e um voto de confiança do constituinte à magistratura brasileira, que, por certo, terão desta a resposta na grandeza correspondente e a prova de seu alto merecimento.[25]

Resta, portanto, aos exímios integrantes do Poder Judiciário tornar exeqüíveis os direitos e garantias fundamentais preceituados na Lei Maior, cujo exercício apresentar-se embaraçado pela ausência de norma regulamentadora, sendo concedido ao *writ* injuncional a eficácia plena que dará ensejo à real satisfação dos anseios sociais.

5 CONCLUSÃO

Em termos finais, ressaltamos com certa consternação que a discussão aqui expendida já vem se prolongando por quase duas décadas, sendo ainda quase imperceptível o avanço nas técnicas decisórias atinentes ao controle da omissão inconstitucional. Não obstante a presença contundente da corrente doutrinária que clama por uma maior efetividade no controle das omissões legislativas, o judiciário mantém-se receoso, adstrito a uma hermenêutica restritiva que acaba por macular a célebre iniciativa constitucional de, no mínimo, conceder ao cidadão um meio de combate efetivo à indolência legiferante estatal.

Inolvidável que a carência de técnica quando da previsão dos institutos no âmbito constitucional fomenta o embate e dá margem a interpretações insatisfatórias. Ainda mais reprovável é a contínua inércia do legislador em proceder com a adequada regulamentação dos *writs,* a qual possibilita-

25 SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 52.

ria a atenuação das discussões acaloradas que não têm, na prática, surtido grande influência nos pretórios pátrios.

Ficam os votos de que o Judiciário, por ser o ente estatal que primeiramente é incitado a promover a aplicação regular do Direito, não se furte da busca incessante de conceder à nossa Lei Maior a efetividade necessária, tornando viável o exercício regular dos direitos por ela própria consagrados. Para esse desiderato, no âmbito do controle abstrato faz-se imprescindível a cominação de alguma espécie de sanção ao órgão desidioso, v.g., a destituição temporária da sua competência legislativa quando renitentemente quedar-se omisso, ao passo que no controle da omissão por meio injuncional se faz mister que a sentença que julgar a procedência do *writ* tenha o condão de suprir a ausência da norma regulamentadora no caso concreto.

Somente com a tomada de posições mais enérgicas por parte do Judiciário no que tange ao combate das omissões inconstitucionais, é possível se vislumbrar a idéia de eficácia plena da Constituição, que deve ser o norte de todo Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. **Mandado de Injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

BERNARDES, Juliano Taveira. Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional do direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano. 9, n. 539, 28 dez. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6126>. Acesso em: 15 jul. 2006

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Efeitos da decisão de controle abstrato**. Material da 6ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG.

_____. **Os diferentes tipos de inconstitucionalidade**. Material da 2ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito:** perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

VELLOSO, Carlos Mário. As novas garantias constitucionais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 644, p. 07-17, jun. 1989.