

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E MANDADO DE INJUNÇÃO: EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Marina Vieira Rabelo

Graduanda do Curso de Direito no Centro Universitário Salesiano de São Paulo/ U.E. Lorena - UNISAL, 2014. E-mail: ma_rabelo@hotmail.com

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou dois mecanismos de controle das omissões inconstitucionais, quais sejam, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e o Mandado de Injunção. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é modalidade de controle concentrado de constitucionalidade e atua na defesa objetiva da Constituição. Por sua vez, o Mandado de Injunção tem como objetivo proteger, pela via incidental, os direitos subjetivos e as garantias individuais. Ambos os institutos visam possibilitar a efetividade das normas constitucionais e o exercício dos direitos fundamentais, obstados em razão da inércia do Poder Competente em regulamentá-los.

Palavras-chave: Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Mandado de Injunção. Efetividade das normas constitucionais.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 apresenta um universo amplo de normas constitucionais de eficácia limitada, ou seja, que possuem eficácia indireta, mediata e reduzida e dependem, portanto, de normatividade ulterior. Todavia, apesar de já haverem passados mais de 20 anos de sua promulgação, ainda persiste a falta de regulamentação dessas normas constitucionais.

A falta de efetividade dos dispositivos constitucionais coloca em perigo a própria ordem constitucional. As normas e especialmente os direitos fundamentais constantes na Constituição devem ser concretizados e aplicados. Mas para isso, é necessário a atuação dos órgãos e Poderes a quem foi incumbida a tarefa de regulamentar as normas constitucionais de eficácia reduzida.

Com efeito, para assegurar o cumprimento do dever constitucional de emanar provimentos normativos, a própria Constituição criou dois mecanismos de controle: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e o Mandado de Injunção.

O presente trabalho objetiva investigar como os mecanismos de controle criados pela Carta Magna estão sendo aplicados na tutela da Lei Maior, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, órgão guardião dos direitos e liberdades fundamentais previstos no texto constitucional.

Deverá ser verificado se os institutos Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e o Mandado de Injunção estão conseguindo garantir a aplicabilidade das normas constitucionais e a concretização dos direitos fundamentais obstados em razão da inércia ilegítima do Poder Legislativo.

Para tanto, inicialmente, serão abordados os principais aspectos dos mecanismos de controle da omissão inconstitucional: Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção.

Em seguida, principalmente utilizando-se do método dialético e da coleta de jurisprudência, será realizado um estudo sobre a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como os posicionamentos doutrinários sobre os efeitos das decisões proferidas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção.

1. A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E OS MECANISMOS DE CONTROLE CRIADOS PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

A Constituição Federal de 1988 possui normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada. (SILVA, 1998).

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas aptas a produzir todos os efeitos jurídicos pretendidos pelo legislador constituinte. As normas constitucionais de eficácia contida são aplicáveis, todavia, poderão sofrer restrição futura. Por sua vez, as normas constitucionais de eficácia limitada dependem de normatividade ulterior, que lhes confirmam plena eficácia. (SILVA, 1998).

Dessa forma, verifica-se que o campo de incidência das omissões legislativas inconstitucionais situa-se nas normas de eficácia limitada, que exigem a atuação do Poder Público, para que sejam aplicáveis aos casos concretos. (PIOVESAN, 1995).

Com efeito, para sanar as omissões inconstitucionais, que afetam a própria ordem constitucional, a Constituição Federal de 1988 inaugurou dois mecanismos de controle, quais

sejam a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e o Mandado de Injunção. (BARROSO, 2012).

2. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO)

2.1. CONCEITO E FINALIDADE DO INSTITUTO

O art. 103, §2º, da Constituição Federal, estabelece que:

“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”. (BRASIL, 1988).

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, modalidade de controle concentrado de constitucionalidade, almeja suprir as lacunas inconstitucionais que obstam a eficácia das normas constitucionais. A ADO visa combater uma doença, denominada pela doutrina como **síndrome da inefetividade das normas constitucionais**. (LENZA, 2014, grifo do autor).

Pretende-se com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão assegurar a aplicabilidade dos preceitos constitucionais, realizando a vontade do Constituinte.

Nesse sentido, importante transcrever os ensinamentos de Michel Temer:

A primeira afirmação que se deve fazer é aquela referente à finalidade desse controle: é a de realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte. Seja: nenhuma norma constitucional deixará de alcançar eficácia plena. Os preceitos que demandarem regulamentação legislativa ou aqueles simplesmente programáticos não deixarão de ser invocáveis e exequíveis em razão da inércia do legislador. O que se quer é que a *inação* (omissão) do legislador não venha a impedir o auferimento de direitos por aqueles a quem a norma constitucional se destina. Quer-se – com tal forma de controle – passar da abstração para a concreção; da inação para a ação; do descritivo para o realizado. (TEMER, 2014, p. 52).

Destarte, a finalidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão é impedir que o silêncio do legislador impeça a efetividade das normas constitucionais e o pleno exercício dos direitos assegurados pela Carta Maior.

2.2. COMPETÊNCIA

O legislador não estabeleceu grandes distinções no controle abstrato de constitucionalidade. O que diferencia, basicamente, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) são os pedidos. (BARROSO, 2012).

Então, nas três hipóteses, o Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão competente para apreciar as ações, nos termos do artigo 102, I, “a”.

Em âmbito infraconstitucional, a lei 9.868/99 disciplinou a matéria, mas foi omissa em relação a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Em outubro de 2009, a lei 12.063 entrou em vigor e acrescentou o capítulo II-A à lei 9.868/99, disciplinando expressamente o processo e julgamento da ADI por omissão. (BARROSO, 2012).

No plano estadual, apesar de não haver previsão expressa, a doutrina tem aceitado essa possibilidade, tendo em vista a autonomia reconhecida aos Estados.

2.3. LEGITIMAÇÃO

O Poder Judiciário não age de ofício, sendo assim, necessária a provocação dos legitimados extraordinários, que atuam na defesa do interesse geral. (BARROSO, 2012).

O rol de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade está previsto no artigo 103 da Constituição Federal.

Apesar do constituinte não estabelecer regras próprias para a propositura da ADO, o Supremo Tribunal Federal se posiciona no sentido de que o dispositivo em comento se aplica ao controle abstrato da omissão. Esse entendimento foi confirmado pela lei 12.063/2009. (LENZA, 2014).

Em relação ao tema, pontua-se que a Constituição de 1988 ampliou, significativamente, o rol de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Isso acarretou um aumento considerável no número de ações propostas perante a Suprema Corte. (PIOVESAN, 1995).

Diante disso, o STF adotou uma interpretação restritiva, no sentido de que a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador de Estado e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional devem demonstrar a denominada pertinência temática. (JÚNIOR, 2013).

O Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos são os legitimados ativos universais. Estes não precisam demonstrar a

relação existente entre a omissão inconstitucional e a sua própria finalidade institucional. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011).

A exigência de comprovação do interesse jurídico específico na propositura da ação, reflete a aproximação com as condições da ação, típicas dos processos subjetivos. (BARROSO, 2012).

Em relação ao tema, necessário apontar as considerações feitas pela Flávia Piovesan:

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é instrumento de tutela de direito objetivo e, por isso, não há que se exigir dos entes do artigo 103 a comprovação de interesse jurídico específico, no âmbito estritamente processual. Caso contrário, estar-se-ia a converter um instrumento de defesa de direito objetivo em verdadeiro instrumento de defesa de direito subjetivo, o que seria uma distorção jurídica. (PIOVESAN, 1995, p.101).

Por fim, necessário mencionar que o legitimado passivo é aquele a quem competia regulamentar a norma constitucional. (BARROSO, 2012).

2.4. OBJETO

Primeiramente, cumpre mencionar que a omissão a ser impugnada deve ser de cunho normativo, sendo que o termo normativo abrange os atos gerais, abstratos e obrigatórios de Poderes diversos daquele competente para elaborar o direito positivo. (BARROSO, 2012).

Com efeito, além da inércia em editar os atos normativos primários, também será suscetível de controle, a omissão em elaborar os atos normativos secundários, de competência do Poder Executivo (regulamentos, instruções e resoluções) e Poder Judiciário (Regimento Interno). (BARROSO, 2012).

2.5. PROCEDIMENTO

O procedimento para a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão está especificado no capítulo II-A, da lei n. 9.868/99, incluído pela lei n. 12.063, de 27 de Outubro de 2009. Salienta-se que o procedimento é substancialmente o mesmo da ADI genérica. (BARROSO, 2012).

Conforme estabelece o artigo 12-B, inciso I, da lei n. 9.868/99, a petição inicial indicará a omissão inconstitucional total ou parcial, quanto ao cumprimento do dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa. O

inciso II, do dispositivo em comento, reza que a inicial deve indicar o pedido, com suas especificações.

Importante mencionar que a petição inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator, cabendo o recurso de agravo da decisão que indeferir a inicial, nos termos do art. 12-C e parágrafo único, da lei n. 9.868/99.

O artigo 12-E reza que aplicam-se as disposições constantes na Seção I do Capítulo II da lei n. 9.868/99, no que couber, ao procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Conforme dispõe o artigo 6º da lei, o relator pedirá informações aos órgãos ou autoridades responsáveis pela edição da medida que tornaria efetiva a norma constitucional, as quais deverão ser prestadas no prazo de trinta dias. No mesmo prazo, os demais legitimados para propor a ação poderão se manifestar por escrito, sobre o seu objeto, pedir a juntada de documentos considerados úteis para o exame da matéria e apresentar memoriais (artigo 12-E, §1º, da lei n. 9.868/99).

Após o decurso do prazo para informações, o Procurador-Geral da República terá vista do processo, por quinze dias, nas ações em que não for autor (artigo 12-E, §3º). Uma vez protocolada a petição inicial, não se admitirá a desistência (artigo 12-D).

Por fim, salienta-se que, apesar de não haver um prazo especificado para a propositura da ação, necessário o transcurso de período temporal razoável para configurar a omissão inconstitucional. (CLÉVE, 2000).

3. MANDADO DE INJUNÇÃO

3.1. ASPECTOS

Diferentemente da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, o Mandado de Injunção surge como uma garantia constitucional concreta, que protege, pela via incidental, os direitos subjetivos. (BARROSO, 2012).

O mandado de injunção foi concebido como instrumento de controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão, voltado à tutela de direitos subjetivos. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi ideada como instrumento de controle abstrato ou principal de constitucionalidade da omissão, empenhado na defesa objetiva da Constituição. Isso significa que o mandado de injunção é uma ação constitucional de garantia individual, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação constitucional de garantia da Constituição. (JÚNIOR apud LENZA, 2014, p. 1156).

O Mandado de Injunção integra o título II, referente aos Direitos e Garantias fundamentais. Trata-se de verdadeiro remédio constitucional, delineado no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal.

O dispositivo em comento estabelece que:

“Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (BRASIL, 1988).

Assim, o Mandado de Injunção é um meio utilizado para garantir o exercício dos direitos fundamentais, obstados em razão da inércia do Poder competente em regulamentar a norma constitucional.

O Mandado de Injunção também é o instrumento de concretização do princípio delineado no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal. (SILVA, 2014).

Para a concessão do Mandado de Injunção, necessário estar presente uma relação jurídica de causa e efeito.

Nas palavras de Flávia Piovesan “À uma causa – a falta da norma regulamentadora – a ordem jurídica atribui uma consequência – a inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. (PIOVESAN, 1995, p. 117-118).

A caracterização do nexo de causalidade que envolve esses dois elementos é requisito condicionante à impetrabilidade do Mandado de Injunção. (JÚNIOR, 2013).

3.2. COMPETÊNCIA

A Constituição Federal define, nos artigos 102, I, “q”, e II, “a”, a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originalmente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma das Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do Próprio Supremo Tribunal Federal e julgar, em recurso ordinário, o mandado de injunção decidido em uma única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

O artigo 105, inciso I, “h”, da Constituição Federal estabelece a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, originalmente, 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.

O artigo 121, §4º, inciso V, dispõe sobre a possibilidade de recurso das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais quando denegarem o mandado de injunção.

Os Estados poderão instituir Mandado de Injunção, desde que observados os parâmetros constitucionais, sendo que a competência será definida na própria Constituição Estadual. (BARROSO, 2012).

3.3. LEGITIMAÇÃO

Qualquer pessoa poderá impetrar o mandado de injunção, desde que esteja sendo impedida de exercer seus direitos, em razão da ausência de regulamentação da norma constitucional. (LENZA, 2014).

É possível, também, a propositura do Mandado de Injunção pelas entidades de classe ou associativas e os sindicatos, na defesa dos direitos de seus membros ou filiados. O Ministério Público também poderá ajuizar o Mandado de Injunção, quando difusos os interesses a serem protegidos, nos termos da Lei Complementar n. 75/93, artigo 6º, inciso VIII. (BARROSO, 2012).

Existem divergências sobre a legitimidade Passiva. De acordo com o primeiro posicionamento, ela deve recair sobre a parte privada ou pública que suportaria o ônus de eventual decisão favorável. A segunda construção é no sentido de que o Mandado de Injunção deve ser impetrado em face da autoridade ou órgão que descumpriu o mandamento constitucional. Para a terceira posição deve haver um litisconsórcio passivo entre a autoridade ou órgão omissor e a parte que ficaria incumbida de dar cumprimento à decisão concessiva da injunção. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011).

O Supremo Tribunal federal firmou entendimento no sentido de que a legitimidade passiva recai somente sobre as pessoas estatais incumbidas da elaboração da norma regulamentadora que viabilize o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Isso porque, o dever constitucional de editar provimentos normativos é imputável apenas ao Poder Público. (MORAES, 2014).

3.4. PROCEDIMENTO

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o Mandado de Injunção é autoaplicável, devendo ser utilizado, analogicamente, o rito do mandado de segurança. O posicionamento da Suprema Corte foi confirmado pela lei 8.038/90. (LENZA, 2014).

4. DECISÃO FINAL E SEUS RESPECTIVOS EFEITOS

4.1 EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.

4.1.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Declarada a inconstitucionalidade por omissão, o artigo 103, §2º, da Constituição Federal de 1988 prevê diferentes efeitos em se tratando da inércia do Poder Competente ou de Órgão Administrativo.

Em relação ao Poder Competente, a Constituição prevê que apenas será dada ciência para a adoção das providências necessárias. Já em relação ao Órgão Administrativo, a Carta Política dispõe que deverá ser suprida a omissão no prazo de trinta dias.

4.1.2 OMISSÃO DO ÓRGÃO ADMINISTRATIVO

Conforme supracitado, o artigo 103, §2º, da Constituição Federal estabelece o prazo de trinta dias para o Órgão Administrativo adotar as providências necessárias, para tornar efetiva a norma constitucional.

Questão que merece ser pontuada é sobre a consequência que advém do desrespeito ao prazo fixado para o órgão administrativo suprir a omissão inconstitucional. A Constituição não menciona qualquer consequência. Todavia, considerando que a decisão passar a ter caráter mandamental, o agente público que não a cumpre poderá incorrer em crime de responsabilidade e responsabilização disciplinar. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011).

4.1.3 OMISSÃO DO PODER COMPETENTE

4.1.3.1 PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão n. 3.682, o Supremo Tribunal Federal fixou o prazo razoável de 18 meses para que o Congresso Nacional cumprisse a imposição do artigo 18, §4º, da Constituição Federal.

O artigo 18, §4º, da Lei maior estabelece que:

A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996). (BRASIL, 1988).

Com efeito, em que pese o mencionado mandamento constitucional, o Poder Legislativo manteve-se inerte em elaborar a Lei Complementar Federal, que regulamentaria a criação de novos Municípios.

Assim, diante da desídia das Casas Legislativas, o Supremo Tribunal Federal declarou o estado de mora do Congresso Nacional e fixou o prazo de 18 (dezoito meses) para que fosse suprida a omissão.

Todavia, na própria decisão, a Suprema Corte deixou consignado que não se tratava de imposição de um prazo para o Poder Legislativo atuar, e sim de um parâmetro temporal razoável para a elaboração da Lei Complementar Federal.

A seguir a ementa da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão n. 3.682:

(...) 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 nºs 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. (STF - ADI: 3682 MT, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 09/05/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 05-

Importante salientar que, conforme pode ser verificado na referida decisão, além de estabelecer um prazo razoável para a atuação do Congresso Nacional, o Supremo Tribunal determinou, ainda, que fosse contemplada a criação dos Municípios nascidos de forma irregular, no período em que o Congresso Nacional deixou de atender ao comando constitucional, esculpido no artigo 18, §4º, da Lei Maior.

A decisão supramencionada foi parcialmente atendida, tendo o Congresso Nacional editado a Emenda Constitucional n. 57, de 18 de dezembro de 2008:

Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 96: Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação (BRASIL, 2008).

Em relação à Emenda Constitucional nº 57/2008, o Supremo recentemente se posicionou no sentido de que os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, foram convalidados, após a edição da referida emenda. (LENZA, 2014).

4.1.3.2. POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO SOBRE OS EFEITOS DA DECISÃO

Em relação à solução trazida pela lei Maior para sanar as lacunas legislativas que ferem a própria ordem constitucional, os doutrinadores acreditam que a medida é ineficaz, pois não permite que o Poder Judiciário atue de forma concreta para sanar a omissão inconstitucional.

Luís Roberto Barroso discorre em suas obras “O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro” e o “Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas” que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão tornou-se um instituto de baixa eficácia, tendo em vista que a mera ciência ao Poder Competente confere ao instituto apenas um efeito moral e político, não realizando como deveria a tutela objeto do ordenamento constitucional. Menciona, ainda, que o dispositivo constitucional não estabelece qualquer consequência para o descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade por omissão. (BARROSO, 2000, 2012).

Cumpra trazer a lume umas das fórmulas sugeridas, em estudo que antecedeu à elaboração do Projeto da Comissão de Sistematização, que poderiam ser utilizadas para sanar as omissões inconstitucionais:

“Fixação de um prazo para a discussão e votação dos projetos que tenham por objeto integrar os comandos constitucionais cujos efeitos estejam paralisados por falta de regulamentação. Ao término deste prazo, o projeto seria incluído na ordem do dia, obrigatoriamente, por determinado número de sessões, ao termo das quais, se não houvesse sido apreciado, nenhum outro projeto poderia ser votado antes que sobre ele se deliberasse”. (BARROSO, 2000, p. 173).

Já Pedro Lenza possui o entendimento de que a sentença proferida em ADO tem caráter mandamental e que caso não seja elaborada a lei, poderão advir consequências processuais, inclusive, com a aplicação, por analogia, do art. 64 e seus parágrafos, com a ideia de travamento de pauta ou, ainda, ser suprida a omissão pelo próprio STF. Por fim, o ilustre constitucionalista declara que “o que não dá para aceitar é a inconsequente e desarrazoada *inertia deliberanti*, manifestamente **negligente** e **desidiosa**, conforme reconheceu o Ministro Gilmar Mendes”. (LENZA, 2014, p. 421, grifo do autor).

José Afonso da Silva leciona que o caráter mandamental da decisão está mais evidente em relação ao órgão administrativo. No entanto, ele também está presente quando ocorre a declaração de inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo. (SILVA, 2014).

José Afonso da Silva propõe, como solução para suprir a omissão inconstitucional, que a decisão judicial estabeleça regra normativa sobre a matéria, até que o Poder Competente elabore a lei regulamentadora. Assim, o princípio político da autonomia do legislador não estaria sendo violado e, por outro lado, a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais estaria sendo concretizada. (SILVA, 2014).

Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi se posicionam no sentido de que, caso o prazo estabelecido pela Suprema Corte seja descumprido, a autoridade não só se omite em relação à imposição de atuação constitucional, como também descumpra ordem mandamental do Supremo Tribunal Federal, viola os seus deveres funcionais e poderá, portanto, ser responsabilizada. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011).

Flávia Piovesan também trata do assunto omissões inconstitucionais em seu livro “Proteção Judicial contra omissões legislativas”. A Autora consignou em seu estudo que, a sistemática proposta pelo legislador constituinte não assegura a efetividade das normas constitucionais, considerando que não existe garantia de que o Poder Legislativo editará a

norma regulamentadora. Outrossim, caso seja omissa, não há como impor qualquer sanção ao seu comportamento inconstitucional. (PIOVESAN, 1995).

Michel Temer observa que “Tudo indica que o constituinte pátrio confia no estabelecimento de mecanismos regimentais, internos no Poder Legislativo, capazes de viabilizar o disposto na determinação judicial”. (TEMER, 2014, p. 53).

Clémerson Merlin Cléve menciona que o Constituinte poderia ter aproveitado as potencialidades já vislumbradas para as omissões inconstitucionais. Deixa consignado, ainda, que mesmo a omissão legislativa declarada inconstitucional pode caracterizar a responsabilização da pessoa jurídica de direito público quanto aos eventuais danos ocorridos. (CLÉVE, 2000).

Assim, verifica-se que a doutrina acredita que a mera ciência ao Poder Competente, não traz as consequências pretendidas para o instituto.

4.2. EFEITOS DA DECISÃO CONCESSIVA DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Tanto a doutrina como a jurisprudência divergem acerca dos efeitos da decisão concessiva do Mandado de Injunção. Analisemos cada posição:

1ª Posição concretista geral: O Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade da omissão e, por meio de uma normatividade geral, implementa o exercício do direito obstado em razão da inércia legislativa, até que a omissão seja suprida pelo Poder competente, sendo que essa decisão produzirá efeitos *erga omnes*. (MORAES, 2014).

2ª Posição concretista individual direta: O Supremo Tribunal Federal promove a aplicabilidade da norma constitucional somente para o autor do Mandado de Injunção. Ou seja, somente este poderá exercer o direito, liberdade ou prerrogativa constante no dispositivo constitucional. A decisão, portanto, terá efeito *inter partes*. Salienta-se, ainda, que, ao proferir a decisão, o Supremo diretamente implementa o exercício da norma constitucional. (MORAES, 2014).

3ª Posição concretista individual intermediária: O Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade da omissão e fixa o prazo de 120 dias para que o Congresso Nacional elabore a norma faltante. Terminado o prazo, sem que as Casas legislativas cumpram a decisão, o STF viabiliza o exercício do direito ao autor da demanda. (MORAES, 2014).

4ª Posição não concretista: O Supremo Tribunal Federal reconhece formalmente a inércia do Poder Competente, devendo ser dada a ciência para que este elabore a norma

regulamentadora e promova a concretização da norma constitucional. Cumpre salientar que, de acordo com esse posicionamento, não há que se falar em medidas judiciais que assegurem o direito pleiteado pelo autor do remédio constitucional. (MORAES, 2014).

4.2.1 POSICIONAMENTO ADOTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal adotou, por muito tempo, a posição não concretista. Assim, a concessão do Mandado de Injunção apenas reconhecia a omissão do Poder Público bem como dava ciência ao Poder competente para que regulamentasse a norma constitucional. (MORAES, 2014).

Esse entendimento da Suprema Corte sofreu grande crítica da doutrina, visto que o Mandado de Injunção estaria sendo equiparado à Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.

Dessa forma, não haveria qualquer ação constitucional para viabilizar o exercício do direito fundamental pleiteado pelo autor do Mandado de Injunção. Mas haveriam dois remédios para reconhecer a inércia ilegítima e dar ciência ao Poder Competente para editar a norma regulamentadora. (BARROSO, 2012).

A mencionada posição tem como precedente o MI 107-DF, cuja ementa segue adiante:

(...) 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), 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 (...). (STF - MI: 107 DF, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 23/11/1989, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 21-09-1990 PP-09782 EMENT VOL-01595-01 PP-00001).

Essa solução proposta pelo Supremo Tribunal Federal se mostrava inócua, na medida em que o Congresso ignorava a decisão concessiva do Mandado de Injunção e mantinha a inércia em promover a aplicabilidade das normas constitucionais. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2010).

Ao longo dos anos, porém, continuaram a ocorrer críticas na doutrina e mesmo em votos vencidos no STF. Fortaleceu-se a corrente que defendia a ideia de o próprio Judiciário regular o direito prejudicado pela omissão do Poder Legislativo, enquanto perdurasse tal omissão. Só assim se obteria uma decisão eficiente no âmbito do mandado de injunção. (MEIRELLES, WALD, MENDES, 2010, p. 334).

Assim, a jurisprudência da Excelsa Corte avançou e passou a adotar a posição concretista individual intermediária. (LENZA, 2014).

Com efeito, foi impetrado o Mandado de injunção 232 RJ, em razão da falta de regulamentação do artigo 195, §7º, da Constituição Federal de 1988. O artigo em comento estabelece que: “São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”. (BRASIL, 1988).

Ao decidir o Mandado de Injunção 232, a Suprema Corte estabeleceu o prazo de 06 meses para que o Congresso Nacional cumprisse a Imposição constante no artigo 195, §7º, da Constituição Federal, sendo que, transcorrido o prazo, sem que a omissão fosse suprida, o requerente passaria a gozar da imunidade requerida.

Cumprir transcrever a ementa do Mandado de Injunção n. 232-RJ:

Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impoem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. (STF - MI: 232 RJ, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 02/08/1991, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 27-03-1992 PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965).

Em relação à mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, interessante as considerações de Flávia Piovesan:

Com o despertar desta nova orientação jurisprudencial, advinda do julgamento do MI 232-1, assume o Supremo Tribunal Federal um papel mais significativo no processo de efetivação dos direitos constitucionais, recuperando no mandado de injunção a função de instrumento eficaz na tutela de direitos fundamentais. (PIOVESAN, 1995, p.135).

No entanto, somente em 2007, o Supremo Tribunal Federal passou a dar concreta efetividade ao instituto Mandado de Injunção.

Os Mandados de Injunção 670, 708 e 712 foram impetrados buscando assegurar o exercício do direito de greve pelos servidores, tendo em vista a ausência de lei regulamentando o artigo 37, inciso VII, da Carta Política.

O mencionado dispositivo estabelece que “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. (BRASIL, 1988).

No julgamento dos mencionados Mandados de Injunção, o pretório Excelso declarou a omissão do Congresso Nacional em cumprir o mandamento constitucional, bem como determinou a aplicação analógica da lei que regulamenta o direito de greve no setor privado (lei 7.783/89).

Importante salientar que a decisão não se restringiu aos impetrantes, podendo ser aplicada a todos os servidores. Destarte, pode-se afirmar que o Supremo passou a adotar a posição concretista geral. (LENZA, 2014).

Na referida decisão, a Suprema Corte afirmou que não seria imposto qualquer limite ao legislador quanto à regulamentação do direito de greve. Todavia, o Congresso Nacional não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pela Constituição Federal.

Cumpra transcrever um trecho da ementa da decisão proferida no MI 708-DF:

(...) 6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis. (STF - MI: 708 DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471).

Ressalta-se, por fim, que o Supremo Tribunal Federal deixou consignado que o legislador poderá, futuramente, editar norma que acredite estar mais adequada à disciplina desse direito constitucional.

4.2.2 Concretização das normas definidoras de direitos fundamentais

A mudança de entendimento da Corte Suprema teve a aprovação da doutrina constitucionalista, tendo em vista que o Mandado de Injunção passou a dar efetividade às normas constitucionais e concretizar os direitos fundamentais.

Em relação ao tema, o Pedro Lenza menciona que o STF está regulando provisoriamente o tema, até que o Poder Legislativo cumpra os mandamentos constitucionais

e concretize os direitos fundamentais. Afirma, ainda, que o Pretório Excelso está obedecendo a regra estabelecida no artigo 5º, §1º, da Carta Magna, que determina a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. (LENZA, 2014).

Por sua vez, Luis Roberto Barroso afirma que finalmente a Suprema Corte atribuiu ao Mandado de Injunção a potencialidade de afastar as omissões inconstitucionais. Ao conferir ao instituto eficácia *erga omnes*, mesmo com a ausência de normas legais ou constitucionais trazendo essa possibilidade, o retirou do limbo. (BARROSO, 2012).

Interessante as considerações de Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi:

Essa dinamização do Mandado de Injunção enfatiza o papel do Judiciário e dá um novo significado às Constituições dirigentes-reformadoras. O Judiciário torna-se garante da efetividade das normas constitucionais, substituindo-se ao legislador. A doutrina considerou essa evolução como “grande conquista para a cidadania brasileira”. O certo é que o STF confirmou sua atuação crucial no controle de constitucionalidade das omissões, provocando o comentado crescimento dos Mandados de Injunção nos últimos anos. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 387-388).

Por fim, afirmam que essa mudança de orientação demonstrou a superioridade processual do Mandado de Injunção em relação a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011).

Por sua vez, Hely Lopes Meirelles, Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes ressaltam que o entendimento que passou a prevalecer no Supremo Tribunal federal possibilita a atuação concreta da Corte na efetivação das normas constitucionais, sem significar violação ao princípio da Separação dos Poderes. Outrossim, como se trata de uma regulamentação provisória do Judiciário, não está configurada uma atividade verdadeiramente legiferante por parte deste. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2010).

Destarte, analisando as recentes decisões da Suprema Corte, percebe-se que o Poder Judiciário está evoluindo para uma atuação concreta no controle das omissões inconstitucionais. Outrossim, o remédio instituído pelo legislador constituinte está atingindo o objetivo de assegurar o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas da Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a presente pesquisa, conclui-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal federal está evoluindo para uma atuação concreta do Poder Judiciário, diante da inércia ilegítima e negligente das Casas legislativas.

Verificou-se que as decisões proferidas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão ainda são ineficazes, considerando que a simples ciência ao Poder Competente não o obriga a legislar.

Já em relação ao Mandado de Injunção, a Excelsa Corte está conferindo eficácia ao instituto. A atual jurisprudência do STF tem caminhado para o suprimento das omissões inconstitucionais bem como a concretização dos direitos fundamentais.

O próprio artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988, que instituiu o Mandado de Injunção, estabelece que o remédio deve ser concedido para viabilizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Outrossim, o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal prevê que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Assim, verifica-se que o Mandado de Injunção é o instrumento adequado para promover a concretização dos direitos e liberdades constitucionais obstados em razão da omissão legislativa inconstitucional.

Ressalta-se, por fim, que o princípio da separação dos poderes esculpido no artigo 2º da Constituição Federal não deve ser considerado como um impedimento à efetivação do Mandado de Injunção.

Isso porque, a competência de legislar continua sendo do Poder Legislativo, o Poder Judiciário está apenas regulando provisoriamente a matéria questionada em Mandado de Injunção, até que sobrevenha a lei integrativa.

Outrossim, o artigo 2º da Carta Magna deve ser interpretado à luz da teoria constitucional de “freios e contrapesos”. Portanto, a inércia ilegítima do Poder Legislativo deve ser controlada pelo Poder Judiciário, para que seja assegurado o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, conforme preceitua o artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 452 p.

_____. **O DIREITO CONSTITUCIONAL E A EFETIVIDADE DE SUAS NORMAS**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 355 p.

BRASIL. Constituição (1988). **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 57, de 18 de dezembro de 2008. **Acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para convalidar os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, p.1, 18 dez. 2008.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009. **Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, p.1, 28 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3682**. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Mato Grosso. 09 maio 2007. Diário de Justiça, 06 set. 2007, pp. 00037.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 107**. Rel. Ministro Moreira Alves. Distrito Federal. 23 nov. 1989. Diário de Justiça, 21 set. 1990, pp. 09782.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 232**. Rel. Ministro Moreira Alves. Rio de Janeiro. 02 ago. 1991. Diário de Justiça, 27 mar. 1992, pp. 03800.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 708**. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Distrito Federal. 25 out. 2007. Diário de Justiça Eletrônico nº 206, 31 out. 2008.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **A FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DA CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 484 p.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **CURSO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL: Controle de Constitucionalidade e remédios constitucionais**. São Paulo:Atlas, 2011. 437 p.

JÚNIOR, André Puccinelli. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.601 p.

LENZA, Pedro. **DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1452 p.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **MANDADO DE SEGURANÇA E AÇÕES CONSTITUCIONAIS**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 1015 p.

MORAES, Alexandre de. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. 30. ed. São Paulo:Atlas, 2014. 946 p.

PIOVESAN, Flávia C. **PROTEÇÃO JUDICIAL CONTRA OMISSÕES LEGISLATIVAS**: Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 191 p.

SILVA, José Afonso da. **APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 270 p.

_____. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 934 p.

TEMER, Michel. **ELEMENTOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 239 p.