

# O Novo Aproveitamento do Mandado de Injunção

**Eduardo Ribeiro Moreira**

*Professor de Direito Constitucional da EMERJ e da pós-graduação da UCAM. Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP. Advogado no Rio de Janeiro.*

## 1. O NOVO APROVEITAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Os recentes votos proferidos em 2006 pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, até que o julgamento se interrompesse por pedidos de vista, denotam uma mudança de atitude em relação ao mandado de injunção. A nova composição do Supremo Tribunal Federal poderá realizar mudança interpretativa em muitos pontos onde há divergência. Com a renovação de vários ministros é de se esperar que, em qualquer matéria que tenha sido decidida por votação apertada (6 x 5 ou 7 x 4), novas posições sejam invocadas, especialmente em matéria controvertida. Não há maior dissenso entre a doutrina brasileira e a orientação interpretativa do Supremo Tribunal Federal do que no tema mandado de injunção. É o remédio constitucional que visa a combater a falta de regulamentação legal, um dos pontos em que se atribui falta de efetividade ao texto constitucional.

Hoje, festeja-se o neoconstitucionalismo pelos aportes que a teoria do direito adota da teoria constitucional.<sup>1</sup> O ponto que permitiu maior desenvolvimento foi a interpretação constitucional, que concretizou os direitos fundamentais como uma realidade jurídico-

---

<sup>1</sup> Miguel Carbonel, *Neoconstitucionalismo (s)*, p. 11

brasileira<sup>2</sup>. Como escreveu o Ministro Carlos Ayres Brito, "a Constituição revolucionou mesmo o pensamento jurídico."<sup>3</sup> Falta, ainda, concretizar o remédio constitucional que tutela os direitos fundamentais, no caso concreto, para combater as omissões legislativas, ou melhor, a omissão que atinge, no plano concreto, o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.<sup>4</sup>

O remédio heróico, contudo, foi restringido por uma jurisprudência constitucional demasiadamente limitadora de seus efeitos. O Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup>, liderado pelo então Ministro Moreira Alves, arrefeceu as esperanças dos cultores do direito constitucional<sup>6</sup> de vanguarda<sup>7</sup>. O emblemático mandado de injunção nº 107, em que funcionou como relator o Ministro Moreira Alves, estabeleceu muitos pontos conceituais, questões de ordem<sup>8</sup>, mas que podem ser sintetizadas pela leitura da ementa:

*"Mandado de Injunção. Questão de ordem sobre a sua auto-aplicabilidade ou não.*

*Em face dos textos da Constituição Federal relativos aos mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por porte do Poder, órgão, entidade ou autoridade.*

---

<sup>2</sup> Luis Roberto Barroso, Interpretação e Aplicação da Constituição, p. 170.

<sup>3</sup> Carlos Ayres Britto, Teoria da Constituição, p. 147.

<sup>4</sup> Constituição Federal, art. 5º, LXXI.

<sup>5</sup> Como demonstra Oscar Vilhena, o Supremo Tribunal Federal trava uma luta contra a quantidade assombrosa de processos que tem de julgar, e isso se reflete na falta de tempo para decidir as matérias argüidas pelos outros ministros. Daí advêm tantos pedidos de vista em questões cruciais. Cf. Oscar Vilhena, o Supremo Tribunal Federal, p. 110.

<sup>6</sup> Na doutrina de vanguarda, sempre foi sustentada a tese que clamava pelos efeitos concretos concedidos ao mandado de injunção, entre as partes da ação, a ser determinado pelo próprio tribunal.

<sup>7</sup> João Berthier Soares, Intérpretes da Constituição, p. 200.

<sup>8</sup> Todos esses pontos foram muito bem elaborados, na sua parte técnica; apenas não concordamos com os efeitos atribuídos pela corte suprema brasileira ao mandado de injunção, neste julgamento e nos que a partir dele se seguiram.

*de de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote 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 fixada.<sup>9</sup>"*

Vê-se que os possíveis efeitos para sanarem a lesividade, no caso concreto, suprindo-se a falta de norma regulamentadora, não foram acolhidos pela simples equiparação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, esta sim com finalidade de dar ciência da omissão inconstitucional ao órgão responsável para a elaboração da norma faltante.

É um juízo lógico que duas ações diversas não podem ser idênticas. Característica idêntica o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão só têm uma: ambos não possuem lei regulamentadora própria<sup>10</sup>. Com poucas exceções promovidas por tribunais de justiça estaduais, o entendimento prevaiente na jurisprudência sobre o mandado de injunção foi o de equipará-lo à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Assim, mesmo quando superados os entraves processuais, e a ação fosse julgada procedente, o máximo que acontecia era se informar ao órgão encarregado de produzir a lei que estava em omissão legislativa. Aos poucos, o mandado de injunção foi relegado pelas partes lesadas com a omissão, pois muitos não apostavam mais no seu correto aproveitamento, inobstante os incontáveis reclames doutrinários<sup>11</sup>. O mandado de injunção passou a ser sempre lembrado como exemplo de falta de efetividade do texto constitucional.

---

<sup>9</sup> Mandado de Injunção nº 107, Supremo Tribunal Federal, Min. Relator Moreira Alves.

<sup>10</sup> O projeto de lei nº 4.679, de autoria do Deputado Federal Cunha Bueno, dispõe sobre uma lei regulamentadora para o mandado de injunção e estabelece seu efeito constitutivo para o caso concreto.

<sup>11</sup> Luis Roberto Barroso, *A Efetividade das Normas Constitucionais*.

Os reclames doutrinários começaram a produzir eco, que foi sentido, quando o ministro Eros Grau, doutrinador constitucionalista recentemente nomeado, foi relator do mandado de injunção nº 712, impetrado pelo sindicato dos trabalhadores do Estado do Pará em face do Congresso Nacional, para que os servidores gozassem de direito de greve, previsto no artigo 37, VII, da Constituição Federal. O direito de greve para os servidores públicos continua sem materialização, por falta de lei específica exigida ao final do dispositivo constitucional. O ministro relator, embora reconhecesse o princípio da continuidade dos serviços públicos, entendeu a necessidade de se conferir eficácia às decisões proferidas em sede de mandado de injunção. A mora, neste caso, configura-se incompatível com o art. 37, VII da CF/88, e, segundo as palavras do Ministro Eros Grau, "constitui dever-poder deste tribunal a formação supletiva de norma regulamentadora faltante, a fim de remover o obstáculo decorrente da omissão, tornando-se viável o exercício de greve dos servidores públicos."<sup>12</sup>

Esse é o caminho para o novo e correto aproveitamento do mandado de injunção. Outro caso, em que o mandado de injunção (nº 670) foi impetrado também para regulamentar o direito de greve dos servidores policiais civis do Espírito Santo teve julgamento com base no efeito constitutivo, concedido, até o momento, nos votos proferidos. Antes do pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, imputou a atividade policial como essencial, e elucidou que, *"diante desse contexto, considerando ainda o enorme lapso temporal dessa inércia, não resta alternativa para o Poder Legislativo quanto a decidir pela regulamentação ou não do tema, cabe, por sua vez, ao Poder Judiciário intervir de forma mais decisiva, de modo a afastar a inoperância de suas decisões em mandado de injunção, e atuar também nos casos de omissão do Poder Legislativo, tendo em vista as balizas constitucionais, que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores."*<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Informativo nº 430 do Supremo Tribunal Federal.

<sup>13</sup> Informativo nº 430 do Supremo Tribunal Federal.

Nos dois casos, o direito de greve é, por via do mandado de injunção, plenamente concretizável, de forma que as liberdades públicas não ficam desprotegidas. Importante registrar que o respeito absoluto à separação dos poderes, como fora concebido no século XVIII, não é mais condizente com as práticas atuais, principalmente no caso de se adotar o neoconstitucionalismo, que aposta na atuação da jurisdição constitucional<sup>14</sup>. A separação dos poderes insere-se, hoje, em um complexo sistema de freios e contra-pesos (*check and balances*), que resguarda a tutela dos direitos fundamentais. A efetividade dada pelo Supremo Tribunal Federal, nos mandados de injunção nº 670 e nº 712, vem aumentar os meios de defesa dos direitos fundamentais. Realizar a efetividade do mandado de injunção é destinar seu correto aproveitamento. Ainda não temos um caso julgado por todos os ministros, pois todos os julgamentos foram interrompidos com pedidos de vista. A postura encontrada nos votos dos citados mandados de injunção, e por diferentes relatores, corrobora o efeito constitutivo para o remédio constitucional, tão defendido pela doutrina.

O Ministro Marco Aurélio, relator do mandado de injunção nº 721, foi direto ao ponto ao asseverar que esta ação é instrumento de natureza mandamental, e, que "cabe ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, *mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as conseqüências da inércia do legislador.*" (destaque acrescentado)

Apesar do pedido de vista, acredita-se que, mais cedo do que se pode esperar, será completa a efetividade do mandado de injunção. Agora resta investigar os fundamentos jurídicos de tais decisões, a saber, o correto aproveitamento do mandado de injunção, como mecanismo inserido no direito constitucional processual e, ainda, verificar as diferenças entre o mesmo e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

---

<sup>14</sup> Pietro Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, p. 142.

## 2. A EFETIVIDADE DO DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL

A proteção dos direitos fundamentais passa pelo estudo sistemático do direito processual constitucional. Desde que a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) inseriu regras processuais de garantia, as constituições nacionais passaram a seguir tal diretriz, como forma não só de permitir o acesso ao Poder Judiciário, mas também como um amparo contra as ações violadoras dos direitos fundamentais.

Desde a primeira garantia positivada - o princípio da legalidade - seguiram-se muitas outras, que não bastam em si mesmas, já que é preciso instrumentalizar as garantias para tornar os direitos efetivos, como nos ensina Nberto Bobbio, na **Era dos Direitos**<sup>15</sup>.

Hoje, é o Estado e, mais precisamente, a Constituição que estruturam a Justiça. E é também a Constituição que guia as reformas processuais com vistas à superação da crise processual, já que "sem dúvida o moderno processo deve pensar no social, num processo com dimensão social."<sup>16</sup>

Muitas questões podem ser suscitadas pelo processo constitucional, até mesmo temas de relevância nacional, como a presença do ensino do direito nas escolas, com livros educativos que possibilitem melhoria na cidadania, pela percepção de direitos mínimos, como, por exemplo, a conscientização dos direitos políticos. Embora essa vertente seja educacional, estamos também diante do fenômeno do processo educacional civilizatório previsto e garantido constitucionalmente, garantia constitucional pouco propalada no Brasil.

Independente das inúmeras abordagens possibilitadas pelo tema processo constitucional, sabemos que uma é de alta relevância para o Direito brasileiro: o mandado de injunção. O mandado de injunção é um remédio constitucional que tutela direitos subjetivos não exercíveis por causa de norma de eficácia limitada e não regulamentada. A não edição da lei regulamentadora compromete a

---

<sup>15</sup> Nberto Bobbio, *Era dos Direitos*, p. 6.

<sup>16</sup> Roberto Rosas, *Direito Processual Constitucional*, p. 210.

eficácia de direitos que, embora previstos, não podem ser exercidos por falta de lei, tal como o direito de greve dos serviços públicos, que, por falta de norma regulamentadora especificamente destinada para tal, não é tida como greve legal, embora exista regra geral-constitucional sobre o tema, art. 37, VII, da Constituição Federal. O mandado de injunção é a medida difusa para impedir tal situação-omissão indesejada<sup>17</sup>. E a redação do inciso LXXI ainda prevê a palavra “sempre”, que reforça um comando de imperatividade.

As decisões, até os votos acima mencionado, não aplicaram corretamente o mandado de injunção, que merece novo estudo que permita a utilização de tão importante garantia constitucional. Para colaborar com sua expansão, já não sem hora, exploraremos um ponto central, a saber: suas diferenças com a ação de inconstitucionalidade por omissão. Enunciadas as diferenças, poder-se-á formar um conteúdo objetivo acerca da potencialidade e do correto uso deste remédio constitucional, que foi, por quase vinte anos, esvaziado pelos nossos tribunais. Em grande parte, isso se deve à equiparação com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como visto, a título exemplificativo, no mandado de injunção nº 107.

Cumprir, nessa meta, estabelecer duas premissas mais. Uma é a distinção entre direito processual constitucional e direito constitucional processual. O direito processual constitucional tem o amplo objeto de analisar os instrumentos processuais que garantem o cumprimento das normas constitucionais. Assim, o direito processual constitucional serve à proposta de concretização do direito, material ou processual. Com efeito, verificamos normas acerca do cumprimento da Constituição no seu correto - e não distorcido - processo legislativo próprio, na defesa em face das omissões constitucionais e na defesa intermitente de um processo atrelado aos valores defen-

---

<sup>17</sup> Vale reler a redação do mandado de injunção:

*"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 e a propriedade, nos termos seguintes:*

*LXXI -Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".*

didados pela Carta Magna<sup>18</sup>. Já o direito constitucional processual tem objeto mais delimitado, embora de grandiosa importância, já que é nele que se estudam as normas processuais que versam sobre processo civil, penal, administrativo e trabalhista, e que vão servir de pilares na atividade forense e na formação do Estado Democrático. Este é um estudo principiológico antecedente, já que estuda os princípios atinentes ao direito processual postos na Constituição, enquanto o direito processual constitucional realiza um estudo aberto e projetivo, que inclui toda norma capaz de cumprir e garantir a Constituição - inclusive sua efetividade e seus valores assumidos - esforço incessante que se renova e se (re)descobre a todo momento. Na verdade, a luta pelo correto aproveitamento e garantia da Constituição, mormente objeto central do direito processual constitucional, interage diretamente com a hermenêutica constitucional, já que é esta que descobre, que interpreta as normas de forma a garantir e buscar a força normativa da Constituição.

O pensamento neoconstitucionalista - todo ele, inclusive a aplicação da teoria da argumentação - permite uma revolução jurídica. Muito poucos, externos ao direito, já tiveram a percepção de antever, nas propostas jurídico-filosóficas e jurídicas transformadoras, uma sábia opção de reestruturar não só o direito, mas todo o Estado. A dificuldade do discurso jurídico não pode refrear a manifestação da intelectualidade, que, a seu tempo, abraçou a filosofia, a sociologia, a psicanálise e a economia. O conhecimento acerca do novo paradigma jurídico ainda é raro - presente apenas nos cursos de mestrado e doutorado em Direito - e um dos deveres é divulgar os muitos aspectos das novas teorias. A essência (no significado da palavra grega *eidos*) da revolução que o direito possa permitir talvez ainda dependa de dois fazeres: primeiro, a unificação dos postulados neoconstitucionalistas em uma corrente comum agregada por seus elementos e, segundo, a tradução dos mesmos para todos os interessados. Afinal, ser moderno é saber ser revolucionário e devi-

---

<sup>18</sup> Sustentamos, com Eros Grau (2005), que a Constituição não é isenta, pois enuncia valores e opções a todo o momento. Opções que devem levar em conta sua própria pré-compreensão, enquanto Poder Constituinte, diante das ameaças e fatores reais sociais e de poder. As manifestações constitucionais devem ser garantidas no processo por instrumentos novos, já que os atuais não dão conta de desburocratizar e impor os valores perseguidos.



damente conservador ao mesmo tempo, como ensina Marshal Berman, no livro **Tudo o que é Sólido Desmancha no Ar**. Por fim, definido seu objeto, como segunda premissa, é importante definir a linha de pesquisa que pode servir dentro do estudo do direito processual constitucional, já que este pode servir como a teoria geral que estabelece princípios e garantias que irão prevalecer no resguardo da constituição.

Nesse campo, insere-se a força do mandando de injunção como ação, isto é, como garantia fundamental, na proteção da Constituição.

### 3. DIFERENÇAS ENTRE O MANDADO DE INJUNÇÃO E A AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Para expor as diferenças sobre as duas ações, devemos esclarecer que existem aqueles que acreditam (inclusive ex-ministros do Supremo Tribunal Federal) que estas ações são quase iguais, só divergindo nos aspectos que a lei estabelece claramente (legitimidade e competência). Buscando o correto aproveitamento do mandado de injunção, vamos demonstrar que muitas são as diferenças.

A um: Quanto à legitimidade, na ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, o artigo 103 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elenca taxativamente aqueles que podem propor esta ação. Ocorre justamente o oposto no mandado de injunção, quando qualquer um que esteja impossibilitado de exercer seus direitos subjetivos, relacionados no artigo 5º LXXI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por ausência de norma regulamentadora, poderá ser autor da ação. Qualquer cidadão que queira, dentro da previsão legal, terá o direito de impetrar o mandado de injunção; por isso, diz-se que é uma ação para todos, no exercício de sua legitimação ordinária.

A dois: Quanto à eficácia da decisão, já que no mandado de injunção a sentença proferida só terá efeito para as partes que integrem a relação processual (*inter partes*). A distinção faz-se porque, na ação de inconstitucionalidade por omissão, o alcance do provimento jurisdicional será *erga omnes*, para todos que puderem ser beneficiados com tal decisão, tal como ocorre na Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação.

A três: A competência da ação de inconstitucionalidade por omissão é exclusiva e originária do Supremo Tribunal Federal<sup>19</sup>. O mandado de injunção indica controle difuso e não concentrado, como acontece na ação de inconstitucionalidade por omissão. A competência do mandado de injunção está prevista além do Supremo Tribunal Federal para os tribunais integrantes de toda as justiças - justiça comum estadual e federal e justiças especiais. Esta distribuição de competências obedece aos longos critérios previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e relaciona-se com as matérias objetos da injunção.

A quatro: As diferenças aplicam-se nos direitos objetos destas duas ações. Na ação de inconstitucionalidade por omissão admite-se proteção do texto constitucional face ao não cumprimento do dever de legislar por ela imposto, e que é encontrado em qualquer norma constitucional de eficácia limitada e pendente de regulamentação; o mandado de injunção, por sua vez, restringe sua apreciação apenas aos direitos concernentes à liberdade constitucional e às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, definidos no artigo 5º, LXXI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nagib Slaibi dá uma lição:

*"A injunção visa tutelar direitos e liberdades previstos expressa ou implicitamente na Constituição (observe-se que a expressão "direitos e liberdades constitucionais" é mais abrangente que "direitos e garantias fundamentais" previstos no Título II), bem como as prerrogativas inerentes à nacionalidade (referida no art. 12: é o vínculo jurídico-político ligando o indivíduo a determinado Estado); cidadania (art. 14: e sentido estrito e jurídico, é o poder do indivíduo de participar do Governo, exercendo função pública, elegendo, sendo eleito; em sentido amplo ou sociológico, é o poder do indivíduo de se integrar plenamente na vida social, conforme o sentido do art.*

---

<sup>19</sup> No âmbito estadual, algumas constituições estaduais, como a do Rio de Janeiro, admitem a ação de inconstitucionalidade por omissão, que deverá ser julgada pelo Órgão Especial do TJ, o que mantém a característica de jurisdição concentrada.

*1º, II); soberania (art. 14: é o poder de fixar os próprios limites de atuação - pertence, em regime democrático, ao povo; ver os arts. 1º, I; 4º, III)"*<sup>20</sup>

Ainda assim, vê-se que o raio de direitos objetos da ação de inconstitucionalidade por omissão é distinto do mandado de injunção, que, por sua vez, é mais limitativo, pois não estende seus efeitos a todas as normas constitucionais.

A cinco: As duas ações diferem quanto à natureza jurídica, já que a ação de inconstitucionalidade por omissão é instrumento de controle de constitucionalidade e, como tal, visa sanar as situações que contrariem a Constituição, e o mandado de injunção, por sua vez, é um remédio constitucional que tutela as garantias maiores dos indivíduos, por proteção constitucional, e também é uma cláusula pétrea.

A seis: Quanto ao objeto, o mandado de injunção tutela os direitos subjetivos, arrolados no inciso LXXI do art. 5º, enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão é destinada à proteção dos direitos objetivos, violados com a omissão inconstitucional.<sup>21</sup>

A sete: A finalidade. É ponto pacífico que, na ação de inconstitucionalidade por omissão, caberá ao Supremo Tribunal Federal "dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias." Mas ocorrem dúvidas, ao interpretar a *ratio legis* do mandado de injunção e descobrir a sua finalidade. Se a conclusão for diversa, ou seja, não no sentido de apenas dar ciência ao legislativo, então estamos diante de mais uma diferença em relação à ação de inconstitucionalidade por omissão. Na maioria dos casos, erroneamente equipara-se a finalidade das ações, como ensina José Afonso da Silva:

*"O mandado de injunção ... não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do mandado*

---

<sup>20</sup> Nagib Slaibi, *Direito Constitucional*, p. 524-525.

<sup>21</sup> Guilherme Peña de Moraes, *Direito Constitucional*, p. 266.

*de injunção pedir a expedição de norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão. É equivocada, portanto, **data venia**, a tese daqueles que acham que o julgamento do mandado de injunção visa à expedição de norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de regulamentação, dando a esse remédio o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão.*"<sup>22</sup>

Em outros casos, decidindo sobre o mandado de injunção, alguns tribunais têm dado prazo para o cumprimento da regulamentação. Outros tribunais, ainda quando verificado que nada foi feito para sanar a omissão legislativa, vêm, em raros casos, se pronunciando sobre o mérito da norma constitucional, tomando as providências necessárias - satisfativas - para preencher as lacunas existentes, como ocorrido nos votos dos mandados de injunção nº 670, 712 e 721 do Supremo Tribunal Federal. A doutrina majoritária é unânime ao apontar como divergentes as finalidades destas duas ações:

*"Em se tratando de mandado de injunção não se há de cogitar desta comunicação, cabendo ao Judiciário, de forma imediata, suprir a lacuna existente e assim tornar viável o exercício daqueles direitos a que se refere o art. 5º, inciso LXXI."*<sup>23</sup>

Uma corrente intermediária, muito coerente, afirma que primeiro se deve intimar o Legislativo para o cumprimento da regulamentação. Caso não seja feito dentro de um prazo certo - por ex: um ano - algo para sanar as omissões legislativas reconhecidas pelo mandado de injunção, o próprio tribunal competente deve tomar nova decisão, fazendo com que a parte possa usufruir do direito assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e referendado pelo Poder Judiciário.

Como ocorre no mandado de injunção, a jurisprudência sobre a ação de inconstitucionalidade por omissão é escassa; no en-

---

<sup>22</sup> José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 450.

<sup>23</sup> Ivo Dantas, *Valor da Constituição*, p. 125.

tanto, não restam dúvidas. A ação de inconstitucionalidade por omissão, para ser admitida, deve versar sobre as normas constitucionais que precisem de regulamentação para tornarem-se plenamente eficazes e capazes de produzir seus efeitos. Nem todas as normas constitucionais de eficácia limitada que não forem cumpridas serão objetos da ação de inconstitucionalidade por omissão. Para que a ação de inconstitucionalidade por omissão seja apreciada, deve existir uma omissão, derivada de imposição da norma constitucional que exija o seu cumprimento. Para esclarecer melhor, damos um exemplo hipotético de norma constitucional Y que deverá ser definida por lei específica. Existe neste caso uma imposição legal para o cumprimento da norma constitucional Y, que é a lei específica, sendo esta exigida para que tal norma possa produzir plenos efeitos. Se não for editada a referida lei específica, caracteriza-se a omissão legislativa. Nesses casos, observamos uma obrigação imposta ao legislador e não mera faculdade.

*"Todavia, nos casos em que a Lei maior impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma regulamentadora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima e configurará um caso de inconstitucionalidade por omissão." <sup>24</sup>*

A oito: O conteúdo da decisão é mais um ponto em que se apresentam diferenças. A decisão, por um lado, é declaratória quando se trata de inconstitucionalidade por omissão face aos órgãos legislativos, mas, por outro lado, também poderá mandar o órgão administrativo cumprir as providências necessárias e, nesse caso, será mandamental. Diferentemente, no mandado de injunção ela é constitutiva (mandamental para o ministro Marco Aurélio), já que visa preencher lacuna provocada pela falta de regulamentação, segundo importantes autores que confirmam essa posição. Como segunda posição - adotada pelo Supremo Tribunal Federal - a decisão será apenas declaratória, nos casos em que seus efeitos são equiparados à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

---

<sup>24</sup> Luis Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade das suas normas*, p. 164.

Os que mais pleiteiam ação de inconstitucionalidade por omissão, dentre os poucos legitimados, são as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional (art. 103, IX).

A argüição de inconstitucionalidade por omissão nunca pode ter por objeto um texto legal positivo (lei, medida provisória, portaria etc..) que sirva de regulamentação, já que a admissibilidade real de tal ação consiste na negativa do responsável em legislar, na omissão, portanto. Neste sentido, votou o plenário do Supremo em 10/02/94, na ação direta de inconstitucionalidade nº 986-9, ministro relator Néri da Silveira.

Parte da jurisprudência consagrou, ao longo dos anos, que:

I - quando houver a faculdade do legislador, ou II - quando não for manifestadamente imposto o dever de legislar, não se admite a ação de inconstitucionalidade por omissão. Este argumento vem sendo usado para não admitir ação de inconstitucionalidade por omissão em determinados casos.

De acordo com o que foi exposto, tudo nos leva a acreditar que o legislador constituinte perdeu a oportunidade de inovar e sanar os problemas de omissões constitucionais existentes pela forma com que foi tratada a ação de inconstitucionalidade por omissão na Lei 9.868/99 que, ao regulamentar a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, não fez uma única menção à modalidade por omissão. O mandado de injunção, por ironia, continua a aguardar lei regulamentar própria.

#### 4. CONCLUSÃO

O processo constitucional orienta-se para a concretização do direito, realizando a salvaguarda das normas constitucionais. O mandado de injunção não foi à toa classificado como remédio constitucional, pois visa à garantia da Constituição, em seus direitos maiores, como as liberdades constitucionais. O neoconstitucionalismo amplia as possibilidades de efetividade do texto constitucional. Nesse sentido, o novo aproveitamento dado ao mandado de injunção por alguns ministros do Supremo Tribunal Federal (nº 670, 712 e 721) é o correto, e o que mais pode destinar eficácia constitucional.

Desde que o instituto jurídico foi criado, até hoje não foi alcançado seu correto e pleno aproveitamento e, em grande parte, tudo se deve à equiparação feita pela jurisprudência entre os efeitos do

mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão. Aqui se tentou, sucinta e objetivamente, estabelecer os oito pontos em que tais institutos jurídicos se diferenciam. Como se vê, não são poucos os momentos de traços distintivos. Com essa base constitucional, o ministro Marco Aurélio, relator do mandado de injunção nº 721, diferenciou os dois institutos, atribuindo efeito concreto ao mandado de injunção. Esse é o aproveitamento que se espera seja seguido.

As únicas semelhanças entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção são duas. A primeira é o tema central de omissão legislativa derivada da Constituição, já que as duas ações combatem, cada uma à sua maneira, as omissões, isto é, a falta de norma regulamentadora exigida pelo texto constitucional. A segunda semelhança ocorre por imensa ironia, pois ambas não têm lei regulamentar procedimental própria. O mandado de injunção é o único remédio constitucional que não tem lei própria, já que usa como tal a lei emprestada do mandado de segurança e, por sua vez, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão também usa a lei da ação direta de inconstitucionalidade por ação, que não faz distinções com a modalidade por omissão, ignorando as peculiaridades desta.<sup>25</sup>

Espera-se uma mudança na tomada de decisões, no sentido de estabelecer o correto aproveitamento do mandado de injunção. É momento de se ajuizar o mandado de injunção para que o Poder Judiciário reconheça seus efeitos concretos e, de uma vez por todas, afaste a nociva equiparação do mesmo com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Vale buscar a efetividade constitucional, afinal são tempos de neoconstitucionalismo! 📄

---

<sup>25</sup> É interessante que todos os demais remédios constitucionais tenham leis procedimentais próprias: o *habeas corpus* é regulado pelos artigos 647 até 667 do CPP; o *habeas data* é regido pela Lei 9.289/96; o mandado de segurança pela antiga Lei 1.533/51; já a ação popular pela Lei 4.717/65; o mandado de segurança coletivo por sua vez pela Lei 4.348/64; com a Lei 7.347/85 cuidando da ação civil pública, somente o mandado de injunção ficou sem lei regulamentadora. No procedimento de controle concentrado todas as demais formas contam com lei específica. A Lei 9.868/99 trata da ação direta de inconstitucionalidade na primeira parte e da ação declaratória de constitucionalidade na segunda parte da lei; a ação de descumprimento de preceito fundamental foi regulamentada pela Lei 9.882/99; já a antiga ação interventiva foi tratada na Lei 8.038 que cuida dos julgamentos no STF e STJ, ficando a ação direta de inconstitucionalidade por omissão sem regulamentação específica. Sofrem as duas ações do veneno que buscam curar.