

INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E MANDADO DE INJUNÇÃO – CARACTERÍSTICAS E DISTINÇÕES

CARLOS ALBERTO ALVES PENA

Procurador de Justiça aposentado

SUMÁRIO: Do Mandado de Injunção - O controle jurisdicional da omissão constitucional

O instituto da *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por omissão* soergueu-se numa das novidades implantadas pelo legislador constituinte de 1988, visando a que algumas normas constitucionais incompletas e insatisfeitas pudessem adquirir completude e eficácia, diante da inércia ou da desídia do Poder competente para dar efetividade plena àquelas normas.

Expliquemos melhor.

Ora, transmuda-se de sabença notória que uma norma constitucional, alojada no princípio ínsito da inicialidade, é, no geral, de aplicação imediata, abrogando, de plano, todas as normações constitucionais que as antecederam e, mediatemente, pelos controles jurisdicionais difuso e concentrado, os regramentos *infraconstitucionais* que com aquelas colidirem ou conflitarem, por se modelarem como auto-aplicáveis ou auto-executáveis.

Porém, a aplicabilidade de determinadas normas constitucionais não se perfaz de forma imediata, instantânea e plena, traduzindo-se, na terminologia de JOSÉ AFONSO DA SILVA, nas cognominadas normas de eficácia limitada ou reduzida, que requerem posteriores regulamentações para se lobrigarem como eficazes e exeqüíveis, sob pena, de se assim não o for, tornarem-se inúteis e anódinas, transformando-se num verdadeiro “catálogo de intenções”.

Surgiu, destarte, em nosso direito, a chamada *inconstitucionalidade por omissão*, através da qual o legislador constitucional incumbiu ao legislador ordinário ou complementar a edição de leis reguladoras de semelhantes normas e, por igual, aos órgãos administrativos a criação de atos administrativos, tais como: regulamentos, decretos, instruções etc, colimando-se, paralelamente, a regulamentação das normas constitucionais desprovidas de auto-executoriedade, desde que esses procedimentos sejam de natureza normativa, conforme o disposto no § 2º do artigo 103 da Constituição Federal, ao dispor 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”.

Então, constitui o objeto da *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por omissão* a emissão de uma lei ou de um provimento administrativo de índole normativa, ambos direcionados a proceder à regulamentação de uma norma constitucional eivada de incompletude, de insatisfação e, por conseguinte, de não auto-executoriedade.

Do Mandado de Injunção

O constituinte de 1988, totalmente obstinado com a finalidade de remediar a omissão regulamentadora da norma constitucional dotada de efeito limitado, perseguindo, tenazmente, a imediatividade de aplicação de seus preceitos, houve por bem criar uma nova ação constitucional denominada *mandado de injunção*, arrolando no artigo 5º, inciso LXXI, da vigorante Carta Magna Federal, *in verbis*, “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”.

Embora inexista legislação específica destinada a reger o procedimento do mandado de injunção, no entanto, alguns autores do gabarito e do jaez de um HELY LOPES MEIRELLES, respaldados por contumazes julgamentos egressos do STF, vide RTJ 133/11, são unânimes e indiscrepantes em asseverar que seu procedimento ajusta-se, analogicamente, ao rito procedimental enquistado para o Mandado de Segurança.

À prima de olhos, numa visão algo acrítica e pouco metodológica, tanto a ADIN POR OMISSÃO quanto o mandado de injunção se ornariam em institutos finalisticamente paralelos, regidos pelo mesmo objetivo, qual seja, a supressão de uma omissão normativa. Ledo engano, uma vez que se trata de institutos afins, mas distintos, não se postando um como sucedâneo do outro.

Suas diferenciações técnico-jurídicas são marcantes, senão vejamos:

“Na inconstitucionalidade por omissão, a ação é intentada, genérica e abstratamente, com vistas a dar ciência ao Poder competente, para a adoção das providências necessárias, a fim de tornar efetiva norma constitucional, marcando-se o prazo de 30 dias, se se tratar

de órgão administrativo. Esta ação não é utilizável no controle incidental, só podendo ser proposta, em tese, perante o Supremo Tribunal Federal..... é igualmente um processo objetivo, que não conhece partes. a eficácia da decisão, do mesmo modo, é erga omnes..... no mandado de injunção, autêntico remédio ou garantia constitucional, o impetrante busca, objetiva e concretamente, a possibilidade de exercer direitos e liberdades constitucionais, bem como prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, inviabilizados pela falta de norma regulamentadora do texto fundamental, devendo, a nosso ver, a sentença suprir, ela própria, a ausência da norma regulamentadora, definindo, in casu, a situação. A decisão, assim, não é puramente mandamental mas é e tem que ser satisfativa.” (in Controle jurisdicional de constitucionalidade - Zeno Veloso - 2a Edição - Del Rey- p. 254 e 263)

O Ministro Carlos Mário da Silva Veloso, do STF, na qualidade de magistrado, perfilha similar entendimento, quando disserta:

“A diferença entre o mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão está justamente nisto: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional abstrato, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a matéria é versada apenas em abstrato e, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias. em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de trinta dias (cf, art. 103, § 2º). No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a constituição concede é ineficaz ou inviável em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável.”

(in *Temas de direito público* - autor citado - p. 193)

Na mesma balsa de raciocínio navega em águas tranquilas o Min. Marco Aurélio, que, ao julgar o Mandado de Injunção de numeração 124/SP, enfatizou:

“a Suprema Corte não é convocada, com a impetração do mandado de injunção, apenas para certificar que o Congresso Nacional continua omissa. não. Ela é convocada para lançar no mundo jurídico um provimento que viabilize o exercício do direito previsto constitucionalmente. Buscou-se, com a garantia constitucional do mandado de injunção, conferir instrumentalidade suficiente à eficácia dos direitos previstos na própria carta.” (RTJ 148/657)

Ou ainda:

“O mandado de injunção tem, portanto, por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do mandado de injunção pedir a expedição da 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 da norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de regulamentação, dando a esse remédio o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão..... enfim, o conteúdo da decisão consiste na outorga direta do direito reclamado. o impetrante age na busca direta do direito constitucional em seu favor, independentemente de regulamentação. por isso é que dissemos que ele precisa ter interesse direto no resultado do julgamento.” (In Curso de direito constitucional positivo - José Afonso da Silva - 13ª Edição - p. 428/429)

7 Ou, mais precisamente, através da *adin por omissão* o impetrante intenta, em caráter genérico e abstrato, a emissão pelo Poder competente da norma infraconstitucional ou do provimento administrativo regulamentadores da norma constitucional de efeito limitado, muito embora, em facetação oblíqua ou reflexa, este *modus procedendi* possa vir, futuramente, a beneficiá-lo e a toda uma comunidade, que padece da mesma carência jurídico-constitucional, ao passo que o Mandado de Injunção, como já exposto, possui uma natureza processual petitória, de índole jurisdicional de cognição, onde o Juiz compõe a lide com o fito de solver o conflito, observados os princípios cardeais do devido processo legal, que regem o processo acusatório, e ao final, na sentença, reconhecendo ele a necessidade da postulada regulamentação, não somente edita a norma regulamentadora, como também faz atuar sua vontade naquele caso inconcreto, motivação por que não há que se falar em indevida intromissão do Judiciário na seara do Legislativo, até em função de que o Juiz, em hipóteses análogas, não legisla, uma vez que não estabelece normas genéricas e abstratas e sua decisão é carenciada do efeito *erga omnes*. Mas, em compensação, ao dar pela procedência da ação, deverá ele agir com o máximo de prudência, cautela e razoabilidade

Em suma, na *ADIN por omissão*, alvitra-se a regulamentação de uma norma constitucional não auto-executável, enquanto que no *mandado de injunção* o impetrante, em face de uma pretensão constitucional sua resistida ou insatisfeita à minguia da imprescindível regulamentação, busca, pelo exercício da jurisdição, de forma concreta, a almejada sentença que a regulamente, o que lhe propicia, em tese, o alcance do êxito de seu projetado direito material.

O controle jurisdicional da omissão constitucional

Faz-se por meio da *ação declatória de inconstitucionalidade por omissão*, que detém a mesma natureza e o mesmo rito procedimental da ADIN POR AÇÃO.

Desse modo, diante de uma norma constitucional não auto-aplicável, refém de uma regulamentação legislativa infraconstitucional ou de um ajustado provimento administrativo, provoca-se o Judiciário, que monopolizou a jurisdição, cuja inércia é quebrada por iniciativa do Procurador-Geral da República, pelo Presidente da República, pelas mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas dos Estados, pelo Governador do Estado, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do

Brasil, pelos Partidos Políticos com representação no Congresso e pelas Confederações de classes, cabendo seu julgamento pelo controle concentrado ao STF, de molde originário, como guardião- mor da Constituição, nada obstante o artigo 102, I, "a", da Constituição Federal, não o mencione expressamente.

Deverá, obrigatoriamente, ser ouvido o Procurador-Geral da República (CF, art. 103, § 1º).

No tocante ao Advogado-Geral da União, como sua competência de caráter especial esvai-se na intransigente defesa do ato impugnado nas ADINs *por ação*, e, em se modulando uma ADIN POR OMISSÃO, cujo objeto fulcra-se exatamente na falta da lei ou do ato administrativo normativo, a toda evidência, sua atuação é desnecessária e indébita, haja vista que não há o que se defender.

Até então, focalizamos e analisamos os aspectos meramente formais do controle jurisdicional da omissão constitucional, mas resta-nos agora evocar seus contornos substanciais, mormente as medidas não tomadas pelos órgãos administrativos e pelo Legislativo, que dão azo e ensejo ao exercício da ADIN *por omissão*.

Respeitante à inércia da administração, visando-se a que se dê total efetividade a uma norma constitucional não auto-aplicável, ela tanto pode decorrer da não-edição de um ato normativo, assim como: regulamentos, portarias etc, como ainda de sua abstinência na consecução de um ato administrativo concreto.

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

Quanto ao controle da omissão inconstitucional na esfera legislativa, a questão adquire certos foros de complexidade e de controvérsias, além de algumas facetas cambiantes peculiares.

Pois, segundo certos processualistas de renomada, não se pode podar do Legislativo, que é uma expressão ímpar da vontade popular, a escolha do momento mais propício e oportuno para proceder ele à integração das normas

programáticas, embasando-se em critérios de conveniência e de oportunidade.

No entanto, a nosso sentir, sua inação qualificada na elaboração da lei regulamentadora, justificadora da interposição da ADIN POR OMISSÃO, não pode eternizar-se no tempo e no espaço, sob a apenação danosa de fomentar, com relativa assiduidade, graves conflitos de interesses interindividuais ou com entidades públicas da administração direta ou indireta, emperrando a já sobrecarregada justiça, haja vista, como fartamente noticiado pela imprensa, o problema da incidência de juros escorchantes pelos administradores de créditos, tudo em função da não- regulamentação do cânone constitucional, que os limita a 12% ao ano.

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

Em obediência à soberania dos poderes, engendrada pelo gênio de Montesquieu, a ingerência do Judiciário na esfera legislativa, em casos que tais, deve ser limitada, porém, ela é juridicamente admissível e permissível, nos anais constitucionais, colimando-se a injustificável e perniciosa omissão do legislador.

Por derradeiro, cumpre-nos salientar que a sentença prolatada na ADIN por omissão é de formato declaratório, mas contendo um ulterior conteúdo mandamental, no sentido de exigir do Poder competente a tomada das indispensáveis providências supridoras da omissão.

Referências Bibliográficas

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

SANTOS, Ulderico Pires dos. *Mandado de injunção*. São Paulo: Paumape, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

VELOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. São Paulo: Forense, 1998.

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