

CURSO DE DIREITO – 5º PERÍODO

DISCIPLINA – PROCESSO CONSTITUCIONAL

REDAÇÃO FINAL

**A linha tênue entre o Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão na garantia dos Direito Fundamentais.[[1]](#footnote-1).**

Gabriella Madeira Rodrigues[[2]](#footnote-2)

Thaynara Moreira Alves[[3]](#footnote-3)

Luiza de Fátima A. Oliveira[[4]](#footnote-4)

1 Introdução; 2 Diversidades e afinidades entre o MI e a ADO; 3 Semelhanças entre os objetivos do MI e da DO; 4 A atuação do MI e da ADO frente à separação dos poderes; 5 Conclusão.

**RESUMO**

O presente artigo aborda sobre dois dos institutos constitucionais, Mandato de Injunção e o Controle de Constitucionalidade por Omissão. Assim, pretende-se analisar suas particularidades, características e semelhanças que permitem o entendimento da doutrina em relação à possibilidade de fungibilidade de tais institutos. Partindo de um conhecimento particular acerca de cada um, prosseguiremos para seus pontos semelhantes e divergentes, para se chegar ao analise quanto à fungibilidade. Destaca-se que o tema é extremamente importante, visto que se trata de muito importante e que está diretamente ligado aos Direitos dos cidadãos, no que diz respeito às prerrogativas inerentes à cidadania, soberania e nacionalidade. Levando em consideração também que em ambos os instituto encontra-se uma finalidade comum de sanar uma deficiência quanto a uma norma necessária, socialmente falando. Neste sentido, pretendemos buscar, sem a pretensão de esgotar sobre o assunto, tratar sobre o assunto, com o fim de esclarecer e ampliar o entendimento sobre o assunto.

**Palavras-chave:** Mandato de Injunção, Controle de constitucionalidade por Omissão, fungibilidade, características.

**1INTRODUÇÃO**

A Constituição Brasileira de 1988 foi promulgada com o objetivo de garantir os direitos individuais e coletivos dos cidadãos, à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que é fundamento para todos os direitos constitucionais e infraconstitucionais. Partindo desse pressuposto, além de proteger os direitos fundamentais, elencados, principalmente, no artigo 5º, da Constituição Federal (CF), a Carta Magna dispôs algumas formas de efetivar tais direitos, através do Processo Constitucional, caso este sejam violados. Assim, trataremos aqui a respeito dessas formas, dos remédios constitucionais, especificamente do Mandado de Injunção (MI) e a Ação de Constitucionalidade por Omissão (ADO).

A principal problemática quando se fala nesses dois remédios constitucionais é a distinção entre eles quanto à aplicabilidade. Pois os dois institutos têm o objetivo de suprir a inércia do legislativo quanto à elaboração de atos normativos indispensáveis à realização dos direitos fundamentais, desse modo, do Mandado de Injunção e a Ação de Constitucionalidade por Omissão possuem o mesmo fundamento constitucional e objetivam alcançar o mesmo fim, a prestação efetiva dos comandos da Constituição. Desse modo, o que se pretende com este trabalho é distinguir em relação à aplicabilidade, as características, e os legitimados, por exemplo, da MI e do ADO para que a prestação jurisdicional, quando utilizada através desses remédios, seja eficaz.

A relevância deste estudo concentra-se na importância desses institutos para o Processo Constitucional e, consequentemente, para a prestação jurisdicional. Pois a Constituição, expressamente, dispôs que dentre todos os direitos que u m cidadão possui, tem aqueles que são indispensáveis para a concretização da dignidade e vida deste. No entanto, o que muito acontece é que a efetividade desses direitos é comprometida, seja no reconhecimento, seja na prestação, em razão desse contexto surgem os remédios constitucionais para trazer eficácia às normas constitucionais e aos direitos fundamentais de garantia. Assim, o trabalho se mostra de grande valoração, já que o tema tratado é utilizado, abundantemente, no mundo jurídico.

Mediante esses e outros fatos, faz-se necessário uma análise a respeito do que é cada um desses institutos, assim como, a apresentação de suas características e peculiaridades tanto em suas semelhanças como em suas diferenças. E sobre a semelhança entre os objetivos dos dois instrumentos aqui tratados. Além de ponderar a respeito da atuação do Mandado de Injunção e a Ação de Constitucionalidade por Omissão e a separação dos poderes.

Essa pesquisa é do tipo exploratória, em relação aos objetivos, pois se procura empregar conhecimentos sobre o tema . E do tipo bibliográfica, em relação aos procedimentos técnicos, pois se baseia em materiais anteriormente escritos, além de ser precedente inicial de toda pesquisa. Assim, irá se utilizar de livros, artigos científicos, legislação e a coleta de informações acerca do assunto a ser discorrido.

**2 DIVERSIDADES E AFINIDADES ENTRE O MI E A ADO**

O mandato de injunção é um dos remédios constitucionais trazidos pela Constituição Federal (CF), juntamente com o mandato de segurança coletivo e *habeas data*. A CF/88 no seu art. 5º, LXXI, dispõe: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta da norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Segundo a própria CF/88, a mandato de injunção visa sanar a norma reguladora que inviabiliza o exercício da liberdade, do direito, ou mesmo questões inerentes a nacionalidade, cidadania e a norma constitucional de eficácia limitada que precisa ser regulamentada pelo legislador infraconstitucional para que produzam seus efeitos.

O constituinte de 1988 criou dois instrumentos para lidar com as omissões inconstitucionais: o mandato de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Atendeu, assim, a um reclamo generalizado da sociedade e da doutrina em busca de maior efetividade para as normas constitucionais, enfrentando uma das principais disfunções históricas do constitucionalismo brasileiro. (BARROSO. 2007, p. 112)

 Quanto à possibilidade de impetrar o mandado de segurança, permite-se qualquer pessoa, se assim comprovar ausência da norma reguladora. Sendo entendida até mesmo a possibilidade de uma propositura coletiva. Ou seja, a possibilidade de entidades de classes ou associativas e sindicatos que estejam substituindo processualmente seus membros ou filiados proporem um mandato de segurança, a legitimidade concentra-se na mão do titular cujo exercício do direito está obstado por falta de uma norma regulamentadora (BARROSO, 2007).

Ao que se trata a ação de inconstitucionalidade por omissão, entendemos esta como uma ação proposta com quando existe norma constitucional de eficácia limitada na Constituição, e o Poder Público não regulamenta essa norma constitucional, ou seja, o Poder Público não regula esta norma, ele é omisso. Uma vez que declarada a inconstitucionalidade por omissão (ADO) para efetivar a norma constitucional, os órgãos competentes para tomar as providências necessárias, nos casos dos órgãos administrativos, devem tomar as medidas cabíveis em 30 dias.

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão configura, como se depreende singelamente, modalidade de controle abstrato de constitucionalidade. Trata-se de processo objetivo de guarda do ordenamento constitucional, afetado pela alegada pela lacuna normativa ou pela existência de um ato normativo reputado insatisfatório ou insuficiente. Não se destina, portanto, a resolução de controvérsia entre partes em litígio, operando seus efeitos tão-somente no plano normativo. (BARROSO. 2007, p. 220)

A legitimidade de propor a ADO estão elencados no art. 103 da CF e o órgão competente para sua apreciação é do Supremo Tribunal Federal (STF). O procedimento da ADO está prevista na Lei 9.868/99 e apesar desta ter sido prevista juntamente com a ADI genérica, na ADO o Advogado – Geral da União não é citado para se defender do ato normativo.

Entretanto,  apesar delas possuírem as  mesmas  finalidades, a principal finalidade concentra-se no atribuir uma aplicabilidade imediata à norma constitucional pela qual decorrem os direitos e prerrogativas e que se encontram inertes por conta da falta de regulamentação. Os institutos analisados apesar de muito se assemelhar, possuem diferenças acentuadas, diferenças que fazem destes, institutos diversos. A exemplo disso começaremos com a legitimidade da pessoa ou pessoas que poderão ingressar com a ação, o sujeito ativo.

O art. 103 da CF foi alterado pela Emenda Constitucional (EC) 45, e que segundo o artigo, os legitimados são: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos  Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal (redação dada pela emenda constitucional nº. 45, de 2004), o Governador  de Estado ou do Distrito Federal (redação dada pela emenda constitucional nº. 45, de 2004), o Procurador ­Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com  representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

 No que tange ao mandato de injunção, estes legitimados podem ser qualquer pessoa que tenha interesse jurídico, com o fim de sanar a omissão existente. Qualquer pessoa que esteja sendo efetivamente lesionado pela omissão legislativa. Outra diferença é acerca da legitimidade passiva. Na ADO o art.102 da CF é expresso, só é cabível quando a for contra lei ou ato normativo federal ou estadual.

[...] Verificamos que os legitimados passivos, ou seja, aqueles  que  têm a  obrigação  de regulamentar a  norma  constitucional  poderão ser, conforme o caso: o poder legislativo, executivo,  judiciário,  tribunal de contas e o ministério público, desde que  sejam órgãos estaduais ou federais, pois não é  admitida ação direta  de inconstitucionalidade contra  lei ou ato normativo  municipal. (LINDEMBERG. [?], p.[?])

 Os legitimados passivos do MI são todos os órgãos que são legítimos na ADO e inclusive o Tribunal de contas do município, o Legislativo e o executivo. Ao que se trata da competência, cabe ao julgamento da ADO, o Supremo Tribunal Federal, enquanto no MI é possível também ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a depender do legitimado passivo como previsto nos art. 102, I e 105 I, H.

 Em observação  à  matéria  que será  objeto  destas  ações  constitucionais,  verificamos uma grande divergência entre elas, divergência que também afeta  os  efeitos da decisão judicial,  vejamos.  O  mandado de injunção tem como  objeto um caso concreto, nela o autor da ação leva ao  conhecimento judicial  uma  lesão  que  efetivamente  está ocorrendo  e  pleiteia  que  haja  a  extinção  desta lesão através de um provimento judicial. De outro modo, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão há uma análise em abstrato da omissão legislativa. (LINDEMBERG. [?], p.[?])

Entende-se que o controle de constitucionalidade é em abstrato à norma constitucional. A norma em abstrato é a que irá gerar o efeito da decisão, entretanto a decisão que decorre do MI é uma consequência lógica de um determinado caso concreto, esta possui efeito *inter partes*, ou seja, alcança somente quem ingressou com a ação, enquanto na ADO a decisão é *erga omnes*, alcança a todos.

**3 SEMELHANÇA ENTRE O OBJETIVOS DO MI E DA ADO**

Apesar de esses dois institutos terem diferenças entre si, tais como: legitimidade ativa e passiva, órgão julgador, por exemplo, possuem um ponto em comum que talvez seja o mais importante, os objetivos do pedido. Pois tanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão quanto o mandado de injunção buscam, nas palavras de Pedro Lenza, “combater a síndrome de inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada**”**(LENZA, 2011, p.[?] apud PARAÍSO, 2012 p. [?]).

O a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção  pretendem conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora de direitos e prerrogativa, assim como, combater todas as omissões estatais, quando violadoras do texto maior, ou seja, é a erradicação do estado de inércia dos órgãos de direção política frente às suas obrigações constitucionais.

Isso justifica a generalizada confusão entre essas duas ações. O próprio Supremo Tribunal Federal até recentemente incorria nessa desordem interpretativa, muitas vezes confundindo o mandado de injunção com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. (CUNHA JR. 2015)

Logo, a conclui-se que, apesar de serem institutos distintos, tanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão quanto o Mandado de Injunção são ações que têm o mesmo objetivo, pois ambas pretendem de uma forma direta ou indireta fazer com que seja Respeitado o princípio da Supremacia da Constituição Federal, princípio este que não deve ser encarado apenas na inconstitucionalidade por ação, onde há o desrespeito direto à Constituição, mas também na inconstitucionalidade por omissão, já que nesta, por não fazer o legislador o que a Constituição ordena, há de forma indireta um desrespeito ao princípio da Supremacia da Constituição. (PARAÍSO, 2012, p. [?])

 Desde a promulgação da Constituição Federal, o STF tem entendido o Mandado de Injunção como uma ação por meio da qual apenas se reconhece a mora do Legislativo em regulamentar à norma constitucional. Ao Judiciário caberia tão somente dar ciência da mora ao Poder Competente, para que esse edite o regulamento necessário. Tal posicionamento foi denominado de "não-concretista", pois por meio dele o Tribunal não entregava a prestação jurisdicional concreta, requerida pelas partes. (CORRÊA, 20??). Assim, com o objetivo de diferenciar esses dois institutos, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar em relação ao mandado de injunção uma posição concretista.

**4 A ATUAÇÃO DO MI E DA ADO FRENTE À SEPARAÇÃO DOS PODERES**

O Mandato de Injunção e a Ação de Constitucionalidade por Omissão são remédios constitucionais adequados para a proteção dos direitos e liberdades assegurados pela Constituição, sendo assim, este que tem a finalidade de sanar a omissão legislativa existente. Vale ressaltar que são muitas as normas existentes que possuem sua eficácia limitada, ou seja, não produzem seus efeitos até que o Legislativo regule sobre o tema. No entanto, a existência dessa omissão acarreta uma ameaça aos direitos e prerrogativas, permite com que aquele que se sente lesado, recorra ao Judiciário para sanar a omissão.

A argumentação para muitos é que as possibilidades da judicialização de questões que são políticas violariam o princípio da Separação de Poderes, uma vez que é dever do Judiciário a aplicação das leis existentes a caso concreto, e não criando leis. Entretanto, mesmo diante da discussão, o STF decidiu por tomar para si a responsabilidade de legislar nos casos de omissão. No entanto, mesmo que aparentemente tenha existido a violação, entende-se que por o MI e ADO estarem dispostos na Constituição, o próprio legislador prevê a necessidade que essa proteção seja realizada, o que significa dizer que a existência deste provimento não é somente no campo formal, mas principalmente em dar efetividade, pois seu simples reconhecimento, não era capaz de sanar o problema dos direitos e liberdades constitucionais que estavam sendo violados.

Diante disso, pode-se dizer que a teoria clássica da separação de Poderes, alicerça-se sobre uma divisão rígida de atribuições entre os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, em um esquema no qual o poder deve limitar o poder. Observe-se, contudo, que mesmo essa divisão rígida de funções comporta algumas exceções, ou seja, admite que em certos casos um poder exerça uma função que lhe é estranha. (CORRÊA. [?], p. [?])

 A argumentação para muitos é que as possibilidades da judicialização de questões que são políticas violariam o princípio da Separação de Poderes, uma vez que é dever do Judiciário a aplicação das leis existentes a caso concreto, e não criando leis. Entretanto, mesmo diante da discussão, o STF decidiu por tomar para si a responsabilidade de legislar nos casos de omissão. No entanto, mesmo que aparentemente tenha existido a violação, entende-se que como dispõe o art.5º, XXI, o mandato de injunção um remédio constitucional para proteger os direitos e liberdades constitucionais, sendo assim, o próprio legislador prevê a necessidade que essa proteção seja realizada, o que significa dizer que a existência deste provimento não é somente no campo formal, mas principalmente em dar efetividade, pois seu simples reconhecimento, não era capaz de sanar o problema dos direitos e liberdades constitucionais que estavam sendo violados.

 Diante disso, pode-se dizer que a teoria clássica da separação de Poderes, alicerça-se sobre uma divisão rígida de atribuições entre os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, em um esquema no qual o poder deve limitar o poder. Observe-se, contudo, que mesmo essa divisão rígida de funções comporta algumas exceções, ou seja, admite que em certos casos um poder exerça uma função que lhe é estranha. (CORRÊA. [?], p. [?])

Também pode ser imputada aos três Poderes, a omissão violadora da Constituição. Isso quando alguns deles deixam de tomar providenciam cabíveis a eles para que sejam assegurados os direitos e liberdades constitucionais os quais também são obrigatórios.

Segundo, Paraíso (2012), “o que caracteriza a independência entre os órgãos do Poder Político não é a exclusividade no exercício das funções que lhes são atribuídas, mas sim, a predominância no seu desempenho”**.**Assim, as funções legislativas, executivas e judiciárias são exercidas predominantemente e não exclusivamente. O que se tem é uma “verdadeira coordenação ou colaboração ou co-participação entre os Poderes em certas tarefas, onde um Poder participa, de forma limitada e secundária, da função do outro”, o que caracteriza a harmonia entre os Poderes, desejada pelo legislador constituinte.

Atuação ativa do STF na ADIM por omissão, uma quebra do princípio da separação dos Poderes, como arduamente defendido por muitos juristas, mas sim uma harmonização direta desses mesmos poderes, já que com a atuação fiscalizatória de um poder em outro, haveria justamente o oposto, ou seja, um fortalecimento dos três Poderes estabelecidos na nossa Constituição: Executivo, Legislativo e Judiciário. (PARAÍSO, 2012)

**5 CONCLUSÃO**

**REFERÊNCIAS**

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 2ª Ed. São Paulo. Ed. Saraiva. 2007.

CORRÊA, Karine. **A nova interpretação do STF sobre os efeitos do mandado de injunção e o princípio da separação de poderes**, 200??. Disponível em: < <http://www.arcos.org.br/artigos/a-nova-interpretacao-do-stf-sobre-os-efeitos-do-mandado-de-injuncao-e-o-principio-da-separacao-de-poderes>>. Acesso em 15 maio 2015.

# CUNHA JR, DIRLEY. Distinções entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção, 2015. Disponível em: < <http://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/163748936/distincoes-entre-a-acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-e-o-mandado-de-injuncao>>. Acesso em 15 maio 2015.

LINDEMBERG, Antonio H. **Comparação entre  Ação Direta  de  Inconstitucionalidade por omissão e  Mandado de Injunção**. Disponível em: <<https://www.editoraferreira.com.br/Medias/1/Media/Professores/ToqueDeMestre/AntonioLindemberg/lindemberg_toq4.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2015.

MARTINS, Rachel F. **Mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão,** 10 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5621/Mandado-de-injuncao-e-a-acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao>>. Acesso em 19 abr. 2015.

# PARAÍSO, MARCO. Repercussão da decisão do STF no mandado de injunção nº. 708-DF em futuras Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão, 19 abr. 2012. Disponível em : < [http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,repercussao-da-decisao-do-stf-no-mandado-de-injuncao-no-708-df-em-futuras-acoes-diretas-de-inconstitucionalid,36503.html](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo%2Crepercussao-da-decisao-do-stf-no-mandado-de-injuncao-no-708-df-em-futuras-acoes-diretas-de-inconstitucionalid%2C36503.html)>. Acesso em 16 maio 2015.

1. *Paper* apresentado à disciplina de Processo Constitucional da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. [↑](#footnote-ref-1)
2. Aluna do 5º período, do Curso de Direito, turma I, vespertino, da UNDB. gabymadeira10@hotmail.com [↑](#footnote-ref-2)
3. Aluna do 5º período, do Curso de Direito, turma I, vespertino, da UNDB. thaynaramoreira.alvees@hotmail.com [↑](#footnote-ref-3)
4. Professora Doutora, orientadora. [↑](#footnote-ref-4)