

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E MANDADO DE INJUNÇÃO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION AND THE WRIT OF INJUNCTION IN THE LIGHT OF FUNDAMENTAL RIGHTS***ROBSON GOMES'***RESUMO**

Este trabalho tem por objetivo propor algumas considerações a respeito da omissão legislativa, a qual, imediata ou mediata, tolhe os Direitos Fundamentais por sua falta de previsão legal. Será nesse passo, então, cabível discorrer, superficialmente, a Teoria dos Direitos Fundamentais, de modo a evidenciar a necessidade de efetivação da Dignidade da Pessoa Humana e, por vias oblíquas, legitimar o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, será salutar apresentar alguns instrumentos voltados a suprir a desídia legislativa, dissecando, destarte, em grossas linhas, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, demonstrando as razões pelas quais surgiu, os seus legitimados, bem como os efeitos advindos da sentença prolatada pelo Supremo Tribunal Federal. Mostrar-se-ão, também, as peculiaridades do Mandado de Injunção, remédio constitucional, analisando os pressupostos de aplicabilidade, assim como os efeitos da decisão proferida em seu âmago. Enfim, metodologicamente, este trabalho é fruto de uma pesquisa bibliográfica, qualitativa e teórica, tendo sido utilizado o método hipotético-dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Omissão legislativa, inconstitucionalidade, Dignidade Humana.

ABSTRACT

This paper aims to raise some considerations about the legislative omission which, immediately or mediately, hinders Fundamental Rights for their lack of legal provision. It is in this step, then appropriate discourse, superficially, the Theory of Fundamental Rights, in order to emphasize the need for realization of Human Dignity, and oblique way, legitimize the democratic rule of law. In this sense, it is salutary to present some instruments designed to meet the legislative negligence, dissecting Thus, in thick lines, the direct action of unconstitutionality by omission, showing the reasons why it arose, their legitimate, as well as the effects arising from the sentence handed down by the Supreme Court. Show will also warrant the peculiarities of the Injunction, constitutional remedy, analyzing the applicability of assumptions as well as the effects of the judgment at its core. Finally, methodologically, this work is the result of a literature, qualitative and theoretical research, having been used the hypothetical-deductive method.

KEYWORDS: Legislative omission, unconstitutional, Human Dignity.

* Artigo recebido em 16/02/2016 e aprovado em 25/10/2016.

1 Assistente em Administração no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará (IFCE). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Regional do Cariri (URCA). E-mail: robson.jus@outlook.com.br

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 elencou, entre seus fundamentos, no art. 1º, inc. III, a Dignidade da Pessoa Humana, devendo a República pautar suas Políticas Públicas em atenção à efetivação dos Direitos Fundamentais. Isso porque estes são o conteúdo básico para se auferir a Dignidade, a condição mínima existencial de um indivíduo, o qual precisa ver atendidas essencialmente as prerrogativas do direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança, à igualdade, bem como outras peculiaridades extraídas, ilustrativamente, do art. 5º desse mesmo Texto Magno.

A legitimação do Estado Democrático de Direito encontra seu alicerce na valoração do indivíduo como ser humano, dotado de necessidades para a vivência familiar e coletiva. Assim, compreende-se, parcimoniosamente, a justificação da existência do Estado, o qual, segundo os ensinamentos principalmente dos contratualistas, como: John Locke, Jean-Jacques Rousseau, foi condecorado com parcelas, ainda que restritas, da liberdade dos cidadãos para buscar a segurança e a justiça social.

Dessa forma, o Estado, representado pela tripartição de suas funções, deve se responsabilizar pela criação de garantias dos Direitos Fundamentais. O Poder Legislativo, nesse diapasão, possui uma grande missão de, por meio da inovação jurídica, fazer ingressar, no sistema normativo, regras e princípios acalentadores das lacunas sociais, reverberando em suas esferas individuais. Aplauda-se, por exemplo, a Lei nº 9.296/1996, que cuida das interceptações telefônicas, visando a regulamentar o direito à privacidade e evitar desmedidas autorizações judiciais. Com isso, como resultado, tem-se o respeito à liberdade individual.

Entretanto, nem sempre o Poder Legislativo age com celeridade na criação de leis, as quais, muitas vezes, já têm suas elaborações previstas na própria Constituição Federal. Tal ocorreu com o Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo elaborado somente após dois anos do texto constitucional, o qual previa um prazo de seis meses. Nesse período lacunoso, incorre-se numa profunda instabilidade jurídica, uma vez que os titulares dos direitos ficam inviabilizados de reivindicá-los pela ausência específica de um aparato normativo.

A inércia do legislador, no sistema jurídico brasileiro, pode ser suprida por alguns instrumentos cujas finalidades são a concretização dos Direitos Fundamentais, especialmente os não positivados infraconstitucionalmente. Há a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, comprovando que a atuação do Poder Legislativo não é a única capaz de surrupiar o complexo das prerrogativas fundamentais, havendo, também, a sua omissão considerada inconstitucional.

Acrescente-se, ainda, o Mandado de Injunção, remédio constitucional, que, inobstante possua efeitos restritos, guia-se pela democratização de sua utilização. Enfim, serão essas considerações desdobradas *a posteriori* para se compreender um pouco a sistemática brasileira, bem como os mecanismos de proteção à Dignidade.

2 RASAS DIGRESSÕES DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Justificações e conceituações dos Direitos Fundamentais

Os estudos acerca da concepção de pensamento mais adequada que justifique os Direitos Fundamentais encontram diversas teorias, muitas vezes opostas entre si, que tentam, a seu modo, se pautar na razão de ser dessas prerrogativas. Assim, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014) dissertam que essas concepções justificadoras disputam o mais alto lugar no pódio, havendo diversos critérios de abordagem.

Continuam os eminentes constitucionalistas que Jorge Miranda (1983) anota múltiplas concepções filosóficas nesse campo de debate. Assim, para os jusnaturalistas, os direitos do homem são imperativos do direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado. Já para os positivistas, os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela. Para os idealistas, os direitos humanos são ideias, princípios abstratos que a realidade vai acolhendo ao longo do tempo, ao passo que, para os realistas, seriam o resultado direto de lutas sociais e políticas.

Todavia, em que pese a dificuldade de se chegar a um consenso de qual seria a concepção filosófica mais prudente e coerente com a abrangência dos Direitos Fundamentais, mais proveitoso é encontrar uma forma de efetivá-los. Nessa esteira, Bobbio (1992) acertadamente se posiciona para uma teoria de concretização dos direitos do homem, olvidando-se, dessa forma, do mero substrato absoluto. Dissertam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014):

Bobbio, a propósito, afirma ilusório buscar um substrato absoluto para os direitos fundamentais. A variedade de direitos tidos como tais e a possibilidade de que entrem em linha colidente evidenciarão que não se pode falar em fundamentos imperiosos e incontrastáveis para esses direitos. Os direitos humanos seriam fruto de momentos históricos diferentes e a sua própria diversidade já apontaria para a conveniência de não se concentrarem esforços na busca de uma base absoluta, válida para todos os direitos em todos os tempos. Ao invés, seria mais produtora buscar, em cada caso concreto, as várias razões elementares possíveis para a elevação de um direito à categoria de *fundamental*, sempre tendo presentes as condições, os meios e as situações nas quais este ou aquele direito haverá de atuar. Não basta, assim, que um direito encontre bons motivos filosóficos, aceitos no momento, para ser positivado; é indispensável, ainda, o

concurso de condições sociais e históricas favoráveis para que se incorpore aos estatutos vinculantes (p. 146).

Os esforços devem estar voltados para a concretização dos Direitos Fundamentais, e não para uma justificação apenas teórica, embora sirva esta de compreensão e norte. Quanto a essa efetividade, pode afirmar-se que, num Estado Democrático de Direito, aquela se torna parâmetro de verificação do grau de Democracia. Ou seja, quanto maior a expansão e efetivação dos direitos dos cidadãos, maior será o contato do povo com o regime de governo democrático.

Destarte, consoante Paulo Bonavides (2000), não há falar em Democracia sem o reconhecimento e proteção dos Direitos Fundamentais. Eles têm um papel decisivo na sociedade, porque é por meio desses direitos que se avalia a legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que esses direitos padeçam de lesão, a sociedade se acha enferma. Por essa razão, o reconhecimento, respeito e a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais são o núcleo essencial da Democracia constitucional.

Ainda nesse aspecto, e desenhando o cenário brasileiro, é valioso notar que o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 afirma a íntima interligação entre os Direitos Fundamentais e a Democracia. Numa leitura a esse trecho constitucional, percebe-se a enunciação de que a Assembleia Nacional Constituinte instituiu um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Todas essas considerações iniciais necessárias evidenciam o quadro, quase completo, das variadas nomenclaturas atribuídas aos direitos do homem. Tem-se, desde logo, a compreensão de que não há consenso na doutrina e na jurisprudência acerca da melhor expressão para designar os direitos considerados essenciais à existência humana. Por isso, expressões como direitos fundamentais, direitos naturais, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos, direitos humanos, liberdades públicas são empregadas sem qualquer cientificidade.

Algumas dessas nomenclaturas apresentam um conceito insuficiente para definir o plexo dos direitos relativos à Dignidade, como é o caso das liberdades públicas. Outros claramente tocam somente uma concepção filosófica, não abarcando a significativa materialidade de outra, a exemplo dos direitos naturais. Todavia, pode-se entender como as duas principais designações os direitos humanos e os direitos fundamentais. Com peculiar maestria, ensina Ingo Wolfgang Sarlet (2015):

Em que pese os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos

humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (p. 29).

Desse modo, em síntese, é lúcido o pensamento de que os Direitos Humanos são as prerrogativas que pairam no plano internacional, podendo ser localizados em tratados ou convenções internacionais aptas a surtir efeitos nos Estados que assinam esses acordos conforme suas relações no âmbito externo. Já os Direitos Fundamentais são os Direitos Humanos constitucionalizados, isto é, foram submetidos a um processo de positivação, estando inseridos nos documentos jurídicos do mais alto relevo, como a Constituição Federal. No caso brasileiro, há a disposição constitucional dos direitos e garantias individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos, direitos dos partidos políticos, bem como outros direitos difundidos pelo Texto Maior.

2.2 Teoria dos Quatro Status de George Jellinek

Já vistas as abrangências dos direitos do homem, bem como os delineamentos das suas concepções filosóficas, é imperioso demonstrar as múltiplas funções carregadas pelos Direitos Fundamentais. E isso se dá, consoante lavra do insigne Dirley da Cunha Júnior (2015), não só pela propalada ordem de dimensões ou gerações (direitos de liberdade, igualdade, solidariedade, globalização política e paz, que são, respectivamente, direitos de primeira, segunda, terceira, quarta e quinta dimensão), como também pelo papel desempenhado pelos Direitos Fundamentais.

Torna-se essencial analisar as funções diversificadas dos Direitos Fundamentais à égide da clássica Teoria do *Status* de Georg Jellinek, a qual continua contribuindo enormemente para a compreensão dos estudos acerca da Teoria Geral. A Teoria do *Status* considera o indivíduo em duas esferas: a privada e a pública, sendo nesta um membro da comunidade política, dependendo apenas do reconhecimento estatal.

Assim, enquanto membro dessa comunidade, vincula-se ao Estado, adquirindo daí personalidade e relacionando-se com este por quatro espécies de situações jurídicas (*status*), seja como sujeito de deveres, seja como titular de direitos. Assim, pelo fato de ser membro do Estado, o indivíduo qualifica-se sob diversos aspectos. As possíveis relações nas quais pode encontrar-se com o Estado colocam-no numa série de condições juridicamente relevantes, daí resultado os quatro *status*: *status subjectionis* ou *status* passivo, *status negativus* ou *status libertatis*, *status civitatis* ou *status* positivo e *status activus* (CUNHA JÚNIOR, 2015, p.456).

Segundo Dirley da Cunha Júnior (2015), pelo *status subjectionis* ou *status* passivo, nota-se uma subordinação do indivíduo aos poderes estatais, sujeito a um conjunto de deveres, e não de direitos. Já pelo *status negativus* ou *status libertatis*, ao indivíduo é reconhecido, por ser dotado de personalidade, uma esfera individual de liberdade imune à intervenção estatal. Assim, o indivíduo goza de um poder juridicamente delimitado no qual o Estado não pode interferir, salvo para garantir o exercício do próprio direito. Cuida-se, nesse diapasão, de liberdades asseguradas em face do Estado, comportando uma garantia frente à intromissão do ente estatal em determinadas matérias.

Ainda consoante Dirley da Cunha Júnior (2015), no *status positivus* ou *status civitatis*, ao indivíduo são franqueadas as instituições estatais para exigir do próprio Estado determinadas prestações positivas que possibilitem a satisfação de certas necessidades. Trata-se de uma situação positiva, da qual derivam autênticos direitos públicos subjetivos. Por fim, no *status activus*, assegura-se ao indivíduo a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade política estatal, como membro da comunidade política, o que se pode ser, por exemplo, por meio do voto.

Em suma, com base na teoria clássica de Jellinek, os direitos fundamentais correspondem a cada um daqueles *status*, desempenhando funções distintas. Destarte, com fundamento no *status* negativo, o indivíduo titulariza direitos de defesa em face do Estado, em virtude dos quais ele pode, quando se sentir ameaçado ou prejudicado por entes ou órgãos estatais, repelir a intervenção ilegítima destes no âmbito de sua autonomia individual garantida por lei. Com arrimo no *status* positivo, pode o indivíduo exigir prestações do Estado para suprir suas necessidades e, finalmente, com supedâneo no *status* ativo, o indivíduo tem o direito de participar da vida política de sua comunidade. O *status* passivo, na verdade, não contempla nenhum direito, e sim obrigações. A teoria proposta corresponde, de certo modo, ao processo histórico de emancipação da pessoa humana (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 456).

Enfim, frise-se que, no *status activus*, tem-se como um dos vetores essenciais o processo de interpretação aberto da Constituição pelos cidadãos, baseado nos ensinamentos do ilustre Peter Häberle. Desse modo, o indivíduo participa da hermenêutica constitucional, uma vez que vai auxiliar a inserir nos Textos Magnos as transformações sociais, evitando que haja um descompasso entre a Lei do Estado e a sociedade. No ordenamento brasileiro, pode exemplificar-se aludida participação com a figura do *amicus curiae*, atuante no Controle de Constitucionalidade.

2.3 Características dos Direitos Fundamentais

Caracterizar os Direitos Fundamentais é identificar as principais nuances que há entre eles, bem como, concomitantemente, diferenciá-los das demais categorias de direitos. Assim, é possível afirmar que

há um rol de características consensual na doutrina e jurisprudência acerca dessas condições mínimas existenciais.

A primeira dessas características, e uma das mais marcantes, é a historicidade, compreendendo que os Direitos Fundamentais não são apenas um acontecimento histórico determinado, mas um processo de afirmação que envolve, segundo Cunha Júnior (2015), antecedentes, evolução, reconhecimento, constitucionalização e até universalização, contrapondo-se esta ao relativismo cultural.

Há que se falar, também, na universalidade das prerrogativas fundamentais, no sentido de, por ser imprescindível à convivência e existência digna, devem ser destinadas a todos os seres humanos. Convém ressaltar, entretanto, que essa generalidade deve ser vista em termos. Deveras, inobstante existam direitos de todos os seres humanos (como o direito à vida), há direitos que só interessam a alguns grupos determinados (como o direito dos trabalhadores) ou só a poucos (como os direitos políticos).

Arrola-se, ainda, como característica dos Direitos Fundamentais a inalienabilidade, ou seja, os direitos são inegociáveis e intrasferíveis, uma vez que não se encontram à disposição do seu titular. Já a imprescritibilidade significa que os direitos não se perdem com o tempo, ou seja, uma prerrogativa fundamental não cairá no mar do desuso, prescrevendo o seu uso e gozo. Além disso, cite-se a irrenunciabilidade, sendo um pressuposto da inalienabilidade, significa que o indivíduo não pode renunciar a um direito essencial à existência, como o próprio direito à vida, uma vez esta precede os demais.

Por fim, entre tantas outras, traz-se à baila a limitabilidade, considerando que os Direitos Fundamentais não são absolutos, mas podem ser relativizados quando em confronto com outros direitos. Isso ocorre, ilustrativamente, no embate entre o direito à privacidade e o direito à informação, situação em que devem ser sopesadas as condições do caso concreto. Por isso, nesse ínterim, deve haver a aplicabilidade do princípio da harmonização constitucional.

3 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A OMISSÃO LEGISLATIVA

Após apresentar algumas peculiaridades dos Direitos Fundamentais, enfatiza-se, aqui, a necessidade da efetivação desses direitos, os quais, como já visualizado, são essenciais à manutenção da Dignidade Humana. Nesse sentido, falar em efetivação e significa aplicar ao caso concreto as nuances dos direitos da primeira, segunda, terceira, quarta e quinta dimensão das prerrogativas positivas na Constituição Federal.

É notável na doutrina brasileira deparar-se com grandes discussões acerca da efetividade dos Direitos Fundamentais, isto é, se as normas constitucionais são imediata e diretamente aplicáveis,

suprindo de plano as necessidades sociais, ou se são mediata e indiretamente executáveis, desaguando na necessidade de regulamentação legislativa para concretizar o plexo de direitos.

Vale aqui citar duas grandes classificações albergadas por Ruy Barbosa, com influência norte-americana, e José Afonso da Silva. Ambas são reconhecidamente elogiáveis e inoidáveis para o presente estudo. Ademais, antes de desdobrar as divisões das normas quanto à eficácia, é imprescindível lembrar que só a partir da Constituição de 1891 cogitou-se a amplitude dos efeitos dos ditames constitucionais.

3.1 Ruy Barbosa e a influência Norte Americana

Ruy Barbosa (1933), um dos maiores juristas brasileiros e idealizadores da ordem constitucional republicana, influenciado pelas concepções da doutrina clássica e da Suprema Corte estadunidenses, acolheu a distinção entre normas autoaplicáveis, também denominadas autoexecutáveis, e normas não autoaplicáveis, conhecidas por não autoexecutáveis. Para a primeira categoria, as normas estariam aptas a gerar efeitos independentemente de qualquer atuação do legislador.

Já no segundo grupo, valendo-se das lições do constitucionalista norte-americano G. Tucker, Ruy Barbosa (1933) se posiciona no sentido de que normas não autoaplicáveis são aquelas carentes da ação legislativa para tornar efetivos os seus efeitos. Complementa Ingo Wolfgang Sarlet (2015):

Há que ressaltar, ainda, que Ruy Barbosa – no âmbito de sua teoria sobre as normas constitucionais, reconheceu que é com base na formulação da norma, isto é, da expressão literal de seu enunciado e de seu conteúdo, que se logrará perceber se determinado preceito constitucional é dirigido ao legislador ou se pode ser objeto de aplicação pelo Judiciário, o que, em última análise, depende da circunstância de a norma exigir (ou não) uma concretização em nível legislativo, de acordo com a possibilidade de, por si só, gerar efeitos jurídicos ou do fato de conter apenas princípios de cunho genérico (p. 251).

Apesar da majestosa classificação envidada por Ruy Barbosa, seguida por décadas e apoiada por outros ilustres juristas, como Pontes de Miranda (este vendo essa concepção com alguns temperamentos), algumas críticas ferrenhas foram a ela tecidas. Quanto à expressão “autoaplicáveis”, transmite-se, consoante Sarlet (2015), a falsa impressão de que essas normas não podem sofrer qualquer tipo de regulamentação legislativa.

Já quanto às normas não autoaplicáveis, com apoio em Ingo Wolfgang Sarlet (2015), pregou-se que elas não geram qualquer feito jurídico, na concepção proposta por Ruy Barbosa, enquanto pendente de regulamentação. Todavia, entende-se, hodiernamente, que, mesmo tendo caráter eminentemente

programático, as normas não auto executáveis estabelecem, sim, parâmetros ao legislador, no exercício de sua competência concretizadora.

3.2 José Afonso da Silva e a tripartição das normas constitucionais

Conforme lavra de José Afonso da Silva (2014), as normas constitucionais podem ser divididas em três grupos: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada. Assim, as normas de eficácia plena são aquelas que, por serem dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, não dependem da atuação do legislador ordinário para que alcancem sua plena operatividade.

As normas de eficácia contida, por sua vez, dotadas de eficácia direta, imediata, mas não efetivamente integral, são aquelas em que o legislador regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas, conforme o eminente José Afonso da Silva (2013), deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. Em síntese, leciona José Afonso da Silva (2014):

As normas constitucionais que definem as liberdades consideradas neste capítulo são, via de regra, daquelas que denominamos de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata, porque o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam. Vale dizer, não dependem de legislação nem de providência do Poder Público para serem aplicadas. Algumas normas podem caracterizar-se como de eficácia contida, mas sempre de aplicabilidade direta e imediata, caso em que a previsão de lei não significa que desta dependem sua eficácia e aplicabilidade, visto que tal lei não se destina a integrar-lhes a eficácia (que já têm amplamente), mas visa restringir-lhes a plenitude desta (p. 270-271).

Por fim, já as de eficácia limitada são aquelas essencialmente de aplicabilidade indireta e reduzida, implicando a insuficiência, de por si só e desde logo, serem aplicáveis e gerarem seus principais efeitos. Nesse diapasão, percebe-se que normas de eficácia limitada da classificação proposta por José Afonso da Silva se equipara às normas não autoaplicáveis do desdobramento abraçado por Ruy Barbosa.

Por isso, as normas de efeitos limitados sofrem a mesma crítica acima delineada em desfavor das normas não auto executáveis, visto que, reitere-se, qualquer mandamento normativo produz efeitos, ainda que careça de uma participação do legislador. Referida crítica deve ser sustentada na medida em que não é possível desgarrar da esfera jurídica dos cidadãos os direitos que lhes são inerentes devido a uma pura desídia do Poder Legislativo.

Os Direitos Fundamentais não podem se limitar à vontade de elaboração normativa do legislador, que, muitas vezes, age em prol de sua vida política, e não de sua obrigação perante a

coletividade, como representante do povo. Nessa toada, visando a evitar estratégias políticas e arranhaduras aos direitos existenciais mínimos, a Constituição Federal de 1988 previu dois instrumentos de garantia: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

4 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

4.1 Conceito e previsão constitucional

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, ou simplesmente ADI por Omissão, é uma subespécie da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, sendo esta também apresentada sob a modalidade comissiva. A ADI por Omissão intui a concepção de que não é tão-somente causadora de inconstitucionalidades a ação do legislador, mas também a sua inércia. Por isso, tão grave quanto atuar em desconformidade com a Constituição Federal, é quedar-se mesmo diante de uma determinação nela contida.

Assim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é um instrumento por meio do qual se argui a inconstitucionalidade da inércia do legislador e, concomitantemente, busca-se uma medida necessária para efetivação da norma constitucional faltante. Trate-se, pois, de uma ação específica dirigida diretamente ao Supremo Tribunal Federal, sem necessidade de se chegar à Corte Suprema por recursos, devendo ser impetrada por um rol delimitado constitucionalmente de legitimados. Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior (2015):

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão deve ser compreendida como um efetivo instrumento de controle concentrado-principal das omissões do poder público, destinado, de forma geral e abstrata, a inércia inconstitucional dos órgãos de direção política, em débitos na atividade de realização das imposições constitucionais. Assim, deve-se ter em conta que, com essa ação de controle abstrato das omissões, o constituinte quis superar, em favor da supremacia e efetividade da Constituição, o estado de inconstitucionalidade decorrente das omissões do poder público (p. 319).

Constituindo-se a ADI por Omissão num controle abstrato, pretende-se transcender a esfera individual e proteger o ordenamento jurídico de uma inércia inconstitucional. Nesse passo, encontram-se Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014) quando comentam que, tal como a

ação direta de inconstitucionalidade (ADI), o processo de controle abstrato da omissão (ADO) não tem outro escopo senão o da defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis.

Não se destina, pela própria índole, continuam os citados autores, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica. Não se pressupõe, portanto, aqui, a configuração de um interesse jurídico específico ou de um interesse de agir. Os órgãos ou entes incumbidos de instaurar esse processo de defesa da ordem jurídica agem não como autor, no sentido estritamente processual, mas como um Advogado do Interesse Público.

A Constituição Federal de 1988, dispondo acerca da ADI por Omissão no art. 103, § 2º, discorre 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.

4.2 Legitimados, objeto e procedimentos

A Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009, acrescentou 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. Entre outras disposições, elucidou o confuso texto constitucional a respeito dos legitimados ativos para a propositura da ADI por Omissão.

A Constituição Federal de 1988 não prevê, no rol de competências do Supremo Tribunal Federal, o julgamento da ADI por Omissão, limitando-se a mencionar a Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Além disso, no seu art. 103, *caput*, dispõe o rol dos legitimados que podem propor as ações acima referidas, omitindo-se, novamente, quanto à modalidade omissiva.

Entretanto, a Lei nº 9.868/1999, modificada pela Lei nº 12.063/2009, passou a dispor em seu art. 12-A que o art. 103, *caput*, da Constituição Federal, é aplicável, também, à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Isto é, são legitimados ativos para propor a ADI por Omissão 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; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Vencido esse ponto, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014), com maestria peculiar, lembram que o objeto da ADI por Omissão é a mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional. A própria formulação empregada pelo constituinte não deixa dúvida de que se teve em vista aqui não só a atividade legislativa federal ou estadual, mas também a atividade tipicamente administrativa que pudesse, de alguma maneira, afetar a efetividade de norma constitucional.

Quanto ao procedimento da ADI por Omissão, a petição indicará a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; e o pedido, com suas especificações.

Em relação aos demais atos, estes se assemelham ao da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Ação, tendo em vista que, por exemplo, na ADI por Omissão, não se admite a desistência, bem como se averigüe o art. 12-E da Lei nº 9.868/1999. Este estabelece que se aplicam ao procedimento da modalidade omissiva, no que couber, as disposições constantes da ADI por ação.

5 MANDADO DE INJUNÇÃO: CONCEITOS E PECULIARIDADES

O Mandado de Injunção é um dos chamados remédios constitucionais que, similarmente à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, visa a garantir um direito intrínseco ao indivíduo quando não há norma regulamentadora específica à prerrogativa em questão.

Está previsto constitucionalmente no art. 5º, inc. LXXI, o qual preconiza que se concederá 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. Em síntese lapidar, esclarece José Afonso da Silva que o Mandado de Injunção:

Constitui um remédio ou ação constitucional posta à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal finalidade consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se, neste quadrante, como um instrumento da realização prática da disposição do art. 5º. § 1º (2014, p. 451).

Infere-se, dessa forma, que o Mandado de Injunção é uma ação específica, de índole concreta, voltada a suprir não só atos legislativos, mas qualquer outra medida, conforme entendimento de Dirley da Cunha Júnior (2015), que, por qualquer motivo, não regulamentou os Direitos Fundamentais. Nesse

sentido, qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, capaz ou incapaz, física ou jurídica, pode impetrar um Mandado de Injunção, guardadas suas peculiaridades.

Quando essa legitimidade ativa for ocupada por partido político com representação no Congresso Nacional; organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, falar-se-á em Mandado de Injunção Coletivo. Outrossim, se o direito discutido for de âmbito coletivo ou difuso, o Ministério Público goza de legitimidade para a interposição da Injunção, conforme consta no art. 129, inc. III, da Constituição Federal.

Consoante Dirley da Cunha Júnior (2015), deve compor o polo passivo da ação do Mandado de Injunção, já tendo assentado este entendimento no Supremo Tribunal Federal, a autoridade ou órgão responsável pela expedição da norma regulamentadora. Frise-se, por fim, que a Corte Suprema sequer admite o litisconsórcio passivo entre essas autoridades ou órgãos e os particulares que vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no exposto, alguns pontos relativos aos Direitos Fundamentais foram erigidos não com a intenção de esvaziar o tema, mas tão só de demonstrar as controvérsias doutrinárias ao seu respeito, bem como, em grossas linhas, de enfatizar as peculiaridades da sua Teoria Geral. Assim, discutiram-se, ilustrativamente, as concepções filosóficas atinentes à origem dos Direitos Fundamentais, intensificando, ao final, a relevância da concretização dessas prerrogativas.

Levantaram-se, também, as diversas nomenclaturas dadas ao direito do ser humano enquanto tal, mostrando o consenso da doutrina e jurisprudência em relação aos direitos humanos, os quais significam o plexo essencial no âmbito internacional, e aos Direitos Fundamentais, como sendo a positivação desse plexo nas Constituições dos Estados-nação. Ainda quanto a esses últimos, foi relevante apresentar, mesmo que superficialmente, a Teoria dos quatro *Status* de Georg Jellinek, a qual corresponde, em muitos aspectos, à evolução dos Direitos Fundamentais, mais especialmente à primeira, segunda, terceira e quarta dimensão desses direitos.

Ademais, deu-se destaque a discussão da efetivação dos Direitos Fundamentais, o que implica dizer a concretização da Dignidade da Pessoa Humana, aprofundando, ainda que brevemente, em duas grandes classificações das normas constitucionais quanto à eficácia. Foram mencionados, assim, os saudosos juristas Ruy Barbosa e José Afonso da Silva, que, a seus modos, apresentaram as possibilidades de aplicação dos comandos constitucionais.

Nesse sentido, ficou cristalino que a efetivação dos Direitos Fundamentais diz respeito à sua fiel aplicação ao caso concreto, ao passo que a efetividade se refere à amplitude dos efeitos do dispositivo normativo constitucional. Saliente-se que, como visualizado, independentemente de previsão legislativa, a norma constitucional produzirá algum efeito, não sendo isenta dele.

Por fim, como alguns dos instrumentos de garantias dos Direitos Fundamentais, foram apreciados a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, assim como o Mandado de Injunção. A finalidade principal de ambos reside na necessidade de efetivação dos Direitos Fundamentais quando o Poder Legislativo, alguma entidade ou autoridade, por irresponsabilidade ou não, quedar-se inerte na elaboração ou expedição de norma regulamentadora de prerrogativa constitucional aliada da Dignidade da Pessoa Humana.

7 REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. **Commentários à Constituição Federal Brasileira** (colligidos e ordenados por Homero Pires). Vol. II. São Paulo: Saraiva & Cia., 1933.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 07 fev. 2016.

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**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

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**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Ed. rev. ampl. e atual. Bahia: Editora JusPodivm, 2015.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Albatro, 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**/Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª Ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.