

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

LITON LANES PILAU SOBRINHO

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec - Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC - Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

C755

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr; Liton Lanes Pilau Sobrinho; Lucas Catib De Laurentiis – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-236-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Democracia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

Centrado na pesquisa das relações que contemporaneamente se estabelecem entre a Constituição e o modelo democrático, este Grupo de Trabalho destacou-se pela apresentação de artigos marcados por uma notável atualidade.

A leitura transversal do cenário político ocidental abriu-se pelo trabalho intitulado LIMITES E POSSIBILIDADES DE AUTONOMIA DOS AGENTES SOCIAIS: ESTUDO SOB O PRISMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, pondo em evidência que apenas a proteção do espaço de atuação de cada gente público poderá conduzi à concretização da satisfação, pela melhor forma, do interesse público primário.

O artigo que abordou SISTEMA ELEITORAL PROPORCIONAL: TRÊS PROPOSTAS DE SOFISTICAÇÃO TESTADAS EM MBITO MUNICIPAL, empregando o método dedutivo, partiu da regra geral para destacar o déficit que congenitamente marca este sistema eleitoral, apontando sua dificuldade na real definição da vontade manifestada pelos eleitores nas urnas. Da regra vem à realidade, comprovando empiricamente os efeitos reais deste sistema de identificação dos eleitos para o cumprimento de mandatos eletivos.

No artigo O ESTADO LIBERAL E AS MUDANÇAS EM RAZÃO DO CORONAVÍRUS: COMO FICA A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA?, a contemporaneidade foi colocada na lente do microscópio, resultando a análise absolutamente minuciosa do modo pelo qual a empresa pode cumprir sua função social na manutenção de empregos, geração de rendas, sustentação financeira de pessoas e famílias e, ainda, manutenção do Estado através do pagamento de tributos, neste período de anormalização das relações sociais em todos os seus sentidos, causada pela pandemia COVID-19.

No trabalho sobre O DIÁLOGO COMO ALTERNATIVA ÀS TEORIAS DA ÚLTIMA PALAVRA EM CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, destacou-se a importância da abertura e da preservação do espaço democrático de debate, isonomicamente garantido a todo indivíduo, independentemente de sua condição social, de suas escolhas políticas, orientações religiosas, cor de pele ou opções sexuais. A democracia é o regime de convivência das diferenças. A convivência somente se mantém com o cultivo permanente do respeito mútuo.

Na mesma linha, em destaque ímpar da coerência do conteúdo dos artigos apresentados, o texto intitulado O DIREITO FUNDAMENTAL À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA POR MEIO DA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR E A POSSIBILIDADE DE APOIOAMENTO DE PROPOSTAS ATRAVÉS DO SISTEMAS BIOMÉTRICO DA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA, sugere, como forma de ampliação à participação no debate democrático, o emprego do já reconhecidamente seguro meio biométrico de votação eleitoral, para a manifestação popular assemblear sobre iniciativas legislativas.

As. REFLEXÕES SOBRE AS DIFICULDADES, NO COMBATE À COVID-19, NO CONTEXTO DO FEDERALISMO BRASILEIRO, trazem à tona os efeitos nefastos decorrentes da politização da gestão da saúde no momento crucial em que as crises exigem a atuação do poder público, em todos os níveis da federação, de forma harmônica e unívoca, com galvanização de força suficiente para o enfrentamento da situação pandêmica.

A análise dos PARTIDOS POLÍTICOS NO STF EM TEMPOS DE PANDEMIA: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS, põe em discussão a importância do fortalecimento dos partidos políticos brasileiros, demonstrando que a fidelidade ao programa e às diretrizes partidárias constituem o melhor caminho para a autenticidade na participação política de cada setor da sociedade civil.

O artigo que aborda a VULNERABILIDADE DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E PANDEMIA DA COVID - 19: ISOLAMENTO SOCIAL OU (IN) VISIBILIDADE HUMANA coloca em destaque o déficit de inclusão social de que ainda padece a sociedade brasileira, comprometendo a buscada participação democrática plena. Os bolsões sociais formados por pessoas invisíveis, enquanto existirem e, enquanto existirem de forma tão densa, de fato impedem a consolidação da democracia brasileira. A carência social é, sem dúvida, um déficit político.

O texto que trata de TRUMP, BOLSONARO E AS AMEAÇAS ÀS DEMOCRACIAS: PENSANDO AS MIGRAÇÕES A PARTIR DOS DIREITOS HUMANOS aborda a tendência polarizadora das relações políticas contemporâneas, ubicando nesta radicalização um substancial entrave ao desenvolvimento de políticas migratórias mais receptivas.

Ao propor UMA REFLEXÃO EPISTEMOLÓGICA DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DE KONRAD HESSE COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AO NOVO FASCISMO BRASILEIRO, o artigo acentua o que considera a radicalização da política brasileira, resgatando a teoria alemã de Hesse e vendo em sua aplicação um instrumento efetivo para atenuá-la.

Ao abordar o MANDADO DE INJUNÇÃO E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: DOIS CAMINHOS DE PROTEÇÃO DA CONSTITUIÇÃO, o artigo resgata duas ações constitucionais cujo emprego foi soterrado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas cuja importância, nem por isso, foi afastada e, mais além, deve ser resgatada para afirmação da efetividade constitucional.

O artigo que trata do ESTADO COMO CATEGORIA OPERACIONAL EM “O 18 DE BRUMÁRIO DE LUÍS BONAPARTE” E PARA IMMANUEL WALLERSTEIN, resgata um momento marcante da história moderna e projeta com acuidade ímpar a relação das lições dele decorrentes no cotejo com as conclusões da obra de Wallerstein.

Nas CONSIDERAÇÕES ACERCA DO FEDERALISMO BRASILEIRO E A COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ENTES FEDERADOS PARA ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA retorna a ênfase sobre a importância da atuação política colaborativa, e não divergente, no combate eficaz aos efeitos deletérios gerados pela pandemia COVID-19 na saúde, na economia e na política.

Abordando FAKE NEWS NAS ELEIÇÕES E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE o artigo demonstra que o direito à informação, aparelhado pela informação verdadeira no afastamento da informação disfuncional, é o mais forte sustentáculo do modelo democrático, afastando o risco da perda da preciosa chance na escolha dos melhores mandatários políticos.

Ao tratar de CANDIDATURAS AVULSAS: UMA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE JURÍDICA POR MEIO DO ENTENDIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO BRASILEIRO, o artigo demonstra o risco de obsolescência dos partidos políticos se reduzidos a meros instrumento de impulsionamento de seus filiados ao exercício de mandatos eleitorais, propondo a partir de precedentes de Corte Interamericana de Direitos Humanos, o resgate da autenticidade da representação política através da viabilização da candidaturas avulsas, desvinculadas de partidos.

Como se vê, a plêiade de artigos e reflexões reunidos neste Grupo de Trabalho o fez extremamente rico, aportando preciosas contribuições a todos os que dele participaram e também aos que tiverem o com encontro com esta compilação.

O CONPEDI, mais uma vez, e sem exceção, cumpre sua preciosíssima função acadêmica, não sendo fruto do acaso a posição que lhe é de fato devida como o maior Congresso Jurídico da América Latina.

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Prof. Dr. Lucas Catib De laurentiis

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Constituição e Democracia II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Filosofia do Direito. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

MANDADO DE INJUNÇÃO E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: DOIS CAMINHOS DE PROTEÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

WARRANTY AND DIRECT ACTION OF INCONSTITUTIONALITY BY OMISSION: TWO PATHS OF PROTECTION OF THE CONSTITUTION

Mariana Oliveira de Sá ¹
Nathália Rodrigues da Silva ²

Resumo

O presente estudo realiza um comparativo entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a ação constitucional de Mandado de Injunção. Observar as hipóteses de cabimento, os efeitos das decisões proferidas, a competência, a legitimação e o procedimento de cada um desses instrumentos é um exercício que facilita a percepção acerca da importância de cada um destes institutos, os quais não se excluem, pelo contrário, são essenciais para a aplicação segura da Constituição Federal de 1988. Além disso, apresentou-se, por meio de exemplos, como essas ações constitucionais contribuem para a efetividade de direitos fundamentais e das normas constitucionais.

Palavras-chave: Mandado de injunção, Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, Constituição, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The present study makes a comparison between the Direct Action of Unconstitutionality by Omission and the Writ of Injunction. Observing the hypotheses of fit, the effects of the decisions made, the competence, the legitimacy and the procedure of each one of these instruments is an exercise that facilitates the perception about the importance of each one of these institutes, which are not excluded, on the contrary, they are essential for the safe application of the Federal Constitution of 1988. In addition, it was presented, through examples, how these constitutional actions contribute to the effectiveness of fundamental rights and constitutional rules.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Injunction, Direct action of unconstitutionality by omission, Constitution, Fundamental rights

¹ Mestra em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Constitucional. Professora da Faculdade Arquidiocesana de Pirapora. Advogada. E-mail: marianaoliveiradesa@yahoo.com.

² Mestranda em Direito pela Universidade FUMEC. Professora da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho parte da concepção de que os direitos e garantias assegurados na Constituição da República de 1988 precisam ser realizados no plano prático e a Carta Magna precisa estar protegida, não só em relação a si mesma, mas em relação a todos os indivíduos visando a construção de um Estado Democrático de Direito.

Por isso, o problema que guia a investigação é saber como as ações constitucionais do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão podem contribuir para a efetividade de direitos fundamentais.

O objetivo central é analisar os aspectos fundamentais do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão para verificar as diferenças e semelhanças entre os mesmos, de forma a verificar o modo de contribuição para a efetividade das normas constitucionais.

Para tanto, utiliza-se como metodologia a pesquisa bibliográfica e a análise da jurisprudência do STF, de modo a compreender os institutos e a verificar, na prática, o funcionamento dos mesmos.

Será abordada a classificação das normas constitucionais no que diz respeito a eficácia das mesmas, com ênfase à classe das normas de eficácia limitada, procurando-se estabelecer uma relação entre tais normas (de eficácia limitada) e a ação constitucional do Mandado de Injunção.

O ponto seguinte terá em seu cerne o desenvolvimento acerca do controle de constitucionalidade realizado a partir da ação direta de inconstitucionalidade, especialmente por omissão, utilizando-se suas principais características como um contraponto ao mandado de injunção antes descrito.

Além disso, as particularidades de cada instrumento serão vistas de modo a distingui-los e construir um raciocínio conclusivo acerca da situação que enseje a propositura de uma ou de outra ação.

Por fim, apresentam-se exemplos práticos de como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão podem se transformar em instrumentos eficazes para a proteção de direitos fundamentais.

2 NORMAS DE EFICÁCIA LIMITADA E MANDADO DE INJUNÇÃO

Inicialmente, cumpre destacar que a respeito da eficácia das normas constitucionais,

elas se dividem em três espécies: normas de eficácia plena, as normas de eficácia contida e, por fim, as normas de eficácia limitada.

O primeiro dos grupos acima expostos se explica pelo próprio nome: ora, a norma constitucional é eficaz independentemente de regulamentação e assim produz todos os efeitos de forma imediata. Já as normas de eficácia contida são suficientes por si mesmas, no entanto, o direito tutelado pela norma (ou os efeitos desta) pode ser condicionado a determinado requisito. Por exemplo, o artigo 5º, inciso XIII da Constituição dispõe:

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 à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XIII- e livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; (BRASIL, 1988).

O dispositivo acima é um exemplo de uma norma de eficácia contida, porque, por mais que seus efeitos são imediatos, a Lei poderá (e não deverá) estabelecer determinados requisitos para o exercício do direito ao trabalho.

Noutro viés, existem normas constitucionais que dependem de regulamentação infraconstitucional para que possam gerar seus efeitos. Tratam-se de normas constitucionais de eficácia limitada. Nas lições de Alexandre de Moraes:

Por fim, normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade. (MORAES, 2010, p. 12).

Dessa forma, as normas de eficácia limitada são as que interessam a essa parcela do presente estudo, pois tais normas são as que dão razão à existência do mandado de injunção. Cabe citar um exemplo de norma de eficácia limitada, a fim de ilustrar o que fora trazido e também evitar confusões entre as normas de eficácia limitada e as normas de eficácia contida. Assim, destaca-se o artigo 37, inciso VII da Constituição da República de 1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (BRASIL, 1988).

Aqui, diferentemente do que se viu no exemplo da norma de eficácia contida, a lei tem o dever e não a faculdade de estabelecer regras, porque o objetivo da lei não é simplesmente estabelecer requisitos (ou regras) para o exercício de um direito já exercido sem ela, mas sim viabilizar tal exercício, de forma que o direito garantido pela norma constitucional possa ser gozado, de fato.

Com isso, a partir dessa exposição, é possível avançar para compreender a ação de mandado de injunção e, mais a frente, como consequência, diferenciá-lo em relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O mandado de injunção consiste numa ação constitucional de grande importância, pois o objeto – e razão – da demanda será um direito assegurado constitucionalmente que, para ser efetivado no plano prático, depende de uma norma regulamentadora.

O mandado de injunção está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXI, in verbis:

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 à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

Partindo da leitura do texto constitucional acima, cumpre enfatizar o objeto do mandado de injunção, visto que o legislador constituinte estabeleceu que a concessão do mandado de injunção ocorrerá quando a falta de norma regulamentadora inviabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Portanto, como brevemente José da Silva Pacheco (2012) aduz, quando a falta de regulamentação não interferir no exercício desses direitos, liberdades e prerrogativas, não será cabível a ação constitucional do mandado de injunção.

Diante disso, qualquer pessoa, física ou jurídica, que se encontre impossibilitada do exercício dos direitos, nos termos do inciso LXXI do artigo 5º da Lei Maior, será legitimado ativo da ação do mandado de injunção.

Noutra face, conforme entende a jurisprudência dominante, o legitimado passivo do mandado de injunção deverá ser uma pessoa estatal, sob o argumento de que somente a ela será imputável a obrigação jurídica de edição de provimento normativo.

Quanto à competência para processar e julgar o mandado de injunção é bom frisar o que dispõe o artigo 102, inciso I, alínea q, bem como o artigo 105, inciso I, alínea h, ambos da Carta Magna de 1988. Assim, o primeiro deles estabelece:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; (BRASIL, 1988).

Não obstante, a Constituição Federal também atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça competência originária para processar e julgar a ação de mandado de injunção, nos moldes da alínea h, do inciso I, do artigo 105, in verbis:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal; (BRASIL, 1988).

Além dos dispositivos supracitados, é importante também ressaltar que os Estados-Membros, conforme o princípio da simetria, poderão estabelecer hipóteses de competência para o processo e julgamento do mandado de injunção em suas constituições, contra a omissão do Poder Público nas searas estadual ou municipal. Exemplifica Kildare Gonçalves Carvalho:

É o caso de Minas Gerais, cuja Constituição, em seu artigo 106, I, f, dispõe ser da competência do Tribunal de Justiça processar e julgar originalmente o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, de entidade ou de autoridade estadual da administração direta ou indireta. (CARVALHO, 2012, p. 794).

Atualmente, o mandado de injunção está disciplinado na Lei 13300 de 2016. Destarte, a mesma será invocada quando da abordagem das particularidades do mandado de injunção em relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, especialmente, quando da distinção de efeitos entre estes institutos.

3 PREVISÃO LEGAL E NOÇÕES DAADI POR OMISSÃO

No exercício do controle de constitucionalidade, destaca-se a ação direta de inconstitucionalidade, que tem como objeto lei ou ato normativo federal ou estadual que contrariem o disposto na Carta Magna.

Todavia, há casos em que o legislador ou órgão administrativo contrariam o disposto na CF justamente em razão de sua inércia, o que dá ensejo à ação direta de inconstitucionalidade, na modalidade por omissão.

Dessa forma, é importante trabalhar o artigo 103 da Constituição, que goza de grande importância no que diz respeito à necessidade de proteção (ou efetividade) das normas constitucionais. Dispõe o referido dispositivo:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º 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.

§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. (BRASIL, 1988). (Grifo nosso).

Da análise do artigo supracitado, extrai-se, de plano, a competência para julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, bem como está definida a legitimidade ativa para propositura do expediente de controle de constitucionalidade.

Não obstante, destacou-se o parágrafo segundo do artigo 103, pois trata do tema mais relevante para este estudo. Dele, se infere que haverá uma relação entre os Poderes Judiciário,

Executivo e Legislativo, de modo que o Poder Judiciário decida a respeito da omissão dos demais poderes.

Kildare Carvalho traz o seguinte ensinamento:

Objetiva a ação de inconstitucionalidade por omissão dar eficácia às normas constitucionais dependentes de complementação, diante da inércia do Poder Público, que se abstém da prática de um dever a ele imposto pela Constituição. (CARVALHO, 2012, p. 449).

Aqui, o ADI por omissão muito se aproxima do objetivo do mandado de injunção, tendo em vista que a ADI por omissão também tem por objeto as normas constitucionais que não são autoaplicáveis, ou seja, aquelas de eficácia limitada e que carecem de complementação.

A omissão às normas constitucionais pode ser total ou parcial. A omissão total se dá quando inexiste a atuação do Poder Público, ou seja, manifesta-se absoluto silêncio, uma postura passiva (CARVALHO, 2012, p. 451).

Já a omissão parcial, por sua vez, caracteriza-se quando a atuação existe, mas é insuficiente (ou deficiente), deixando de atender com fidelidade os termos propostos pela Constituição Federal.

A legitimidade ativa para propositura da ação direta de inconstitucionalidade está prevista nos incisos I a IX do artigo 103 da Constituição de 1988, citado no início deste capítulo. Por sua vez, os legitimados passivos na ADI por omissão serão os órgãos ou autoridades responsáveis pela edição do ato exigido pela Constituição.

É importante observar que, como o processo da ADI por omissão é objetivo, os legitimados não são partes do processo. O procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão está previsto no Capítulo II-A da Lei 9868 de 1999, o qual foi incluído pela Lei 12063 de 2009. De tal capítulo se extrai o artigo 12-D: “Proposta a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não se admitirá desistência” (BRASIL, 2009); dessa feita, o dispositivo aqui citado ilustra como a legitimidade na ADI por omissão não dá status de parte aos legitimados.

Portanto, já se percebe à essa altura que na ação de inconstitucionalidade por omissão o foco principal não é a proteção direito individual, mas é uma via de busca de efetivação aos preceitos constitucionais, o que lhe distingue, em seu embrionário, do mandado de injunção.

4 PARTICULARIDADES QUE DISTINGUEM O MANDADO DE INJUNÇÃO DA ADI POR OMISSÃO

Quando se procura distinguir o mandado de injunção da ação de direta de inconstitucionalidade por omissão, muito se aborda (corretamente) acerca dos efeitos de cada um destes institutos.

Todavia, antes de analisar o plano de eficácia desses dois instrumentos sob análise neste estudo, é preciso distingui-los também quanto ao procedimento, competência e legitimidade ativa e passiva.

A seu turno, o mandado de injunção está previsto na Constituição da República, no artigo 5º, inciso LXXI e tem seu procedimento disciplinado pela Lei 13300 de 2016 e é classificado como um remédio constitucional individual, ou seja, compõe as ações constitucionais, assim como o habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança, a ação civil pública e a ação popular.

Por sua vez, previsto no artigo 103, §2º da Carta Magna e disciplinado no Capítulo II-A da Lei 9868 de 1999, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por escopo a provocação da jurisdição concentrada, como afirma Kildare Carvalho (2012, p. 458), compondo o controle de constitucionalidade, assim como a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Quanto a competência, esta no mandado de injunção depende da prévia observância acerca de qual órgão legislativo seria o competente para editar a norma regulamentadora em falta. Noutro ponto, o artigo 102, inciso I, alínea a da CF atribui competência exclusiva ao Superior Tribunal Federal para processo e julgamento da ADI por omissão, o que poderá ser de competência dos tribunais de justiça estaduais quando se tratar de norma de constituição de Estado-Membro.

Outra questão pertinente ao tema diz respeito à legitimidade ativa para propositura do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Em relação à primeira, a amplitude da legitimidade ativa é muito maior, tendo em vista que o que define a legitimidade ativa é a titularidade de determinados direitos previstos na Constituição, o que supõe que poderão ser legitimados quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, titulares dos direitos que podem ser objeto de mandado de injunção.

Por outro lado, a legitimidade ativa da ação direta de inconstitucionalidade por omissão encontra maior rigor e tem o rol predeterminado no artigo 103 da Constituição Federal, nos incisos de I a IX. Essa reserva taxativa demonstra que o caráter da ADI por omissão não é o mesmo do mandado de injunção, pois este último tem uma carga de

subjetividade não encontrada naquele.

Enfim, cabe ainda destacar a diferença marcante nos efeitos de cada um desses instrumentos.

Como dito, a subjetividade do mandado de injunção traz à tona diferenças importantes quanto à legitimidade para propositura do MI ou do ADI por omissão. Essa subjetividade ganha ainda mais destaque quando da análise do plano de eficácia de cada um dos instrumentos.

Primeiramente, cabe salientar alguns dos dispositivos da Lei 13300 de 2016. A priori, destaca-se o artigo 8º do referido diploma legal:

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:
I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;
II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, **caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.**
Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma. (BRASIL, 2016). (Grifo nosso).

Assim, conforme se vê, o Poder Judiciário deverá promover uma decisão que torne viável o exercício do direito ao particular que ingresse com o mandado de injunção.

Nessa esteira também é que se exterioriza na norma a teoria adotada atualmente no ordenamento jurídico quanto aos efeitos do mandado de injunção. Trata-se da teoria intermediária ou mista, consoante a qual o Poder Judiciário cria a norma para o exercício do direito, mas a sua eficácia dependerá da inércia do Poder Legislativo, de acordo com o prazo estabelecido na decisão.

Assim, findo o prazo sem a manifestação do Poder Legislativo, a norma criada pelo Poder Judiciário passa a ter aplicabilidade ou eficácia, viabilizando o exercício do direito fundamental.

Por outro lado, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a decisão do Poder Judiciário não viabiliza de forma direta o direito, mas apenas declara que é inconstitucional a omissão, dando ciência ao órgão competente para adoção das providências necessárias (CARVALHO, 2012, p. 459).

Se por um lado se argui uma lacuna teoricamente considerada (ADI por omissão), por outro se pretende efetivar um direito (mandado de injunção). Quanto aos efeitos da ADI por omissão, a Constituição, em seu artigo 103, §2º, define que, quanto ao Poder competente,

a este será dada a ciência da decisão, tendo em vista o respeito à separação dos poderes; já em relação aos órgãos administrativos, a decisão do Poder Judiciário lhes confere o prazo de 30 (trinta) dias para suprir a omissão constitucional.

André Rufino do Vale realça:

O processo instaurado pela ação constitucional do Mandado de Injunção é eminentemente *subjetivo*. Ao contrário da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, na qual a omissão quanto à regulamentação de norma é analisada de forma abstrata em processo de caráter objetivo, no Mandado de Injunção são apreciadas situações subjetivas de impossibilidade de exercício concreto de direitos em razão da inexistência de regulamentação específica. (VALE, 2016).

Note-se assim que a teoria intermediária (ou mista), presente no mandado de injunção e presente na Lei 13.300, de 2016, não corrobora com o sistema adotado na ação direta de inconstitucionalidade, porque naquele o Poder Judiciário acaba por suprir a omissão legislativa (legislando), e neste apenas dá ciência ao Poder Legislativo, de acordo com a independência dos poderes.

Noutro ponto, destaca-se o artigo 9º da Lei 13.300/2016, que dispõe:

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.
§ 1º Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.
§ 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.
§ 3º O indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios. (BRASIL, 2016).

Aqui, observa-se que a regra é que os efeitos da decisão no mandado de injunção são inter partes, sendo que o parágrafo primeiro do artigo 9º traz a hipótese de exceção. Interessante, nesse ponto, destacar o que aduz André Rufino do Vale:

São as circunstâncias especiais presentes no caso concreto que condicionam a formulação de uma solução normativa que, desse modo, terá eficácia apenas para o caso. Portanto, do Mandado de Injunção resultam decisões que primordialmente possuem eficácia limitada às partes do processo (eficácia *inter partes*). (VALE, 2016).

Noutro lado, a ADI por omissão tem efeitos erga omnes, tendo em vista que, por se tratar de um processo objetivo, em que não há partes no sentido material, nem qualquer controvérsia a ser dirimida, como lembra Kildare Carvalho (2012).

Por tudo isso, é possível se construir a conclusão de que o mandado de injunção e a

ação direta de inconstitucionalidade por omissão são institutos muito mais diferentes do que semelhantes, tendo em vista o objeto, a legitimidade, o procedimento e os efeitos advindos da decisão.

5 UTILIZANDO OS INSTRUMENTOS PARA EFETIVAR DIREITOS FUNDAMENTAIS

Visto os instrumentos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi possível verificar a importância dos mesmos para a efetividade de direitos fundamentais.

Agora, apresenta-se dois exemplos clássicos que ilustram a relevância das ações constitucionais para a garantia dos direitos dos cidadãos, e, conseqüentemente, para a efetivação da Constituição da República de 1988.

O primeiro exemplo se refere ao julgamento dos Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712, que tratou sobre a greve no serviço público. Isso porque, o direito de greve dos servidores públicos encontra-se efetivado no artigo 37, inciso VII, da Constituição da República de 1988, todavia, ainda não fora regulamentado especificamente por lei, como exige a norma constitucional:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
[...]
VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica (BRASIL, 1988).

Os mandados de injunção em questão foram impetrados por sindicatos, a saber, Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo (Sindpol), Sindicato dos Trabalhadores em Educação de João Pessoa e Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará (Sinjep).

Diante da omissão legislativa em elaborar a lei que regulamentasse a greve no serviço público, o Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação das regras previstas na Lei nº 7.783/89, que regulamenta a greve no setor privado, aos servidores públicos.

Eis a ementa da decisão:

MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º,

INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS N.ºs 7.701/1988 E 7.783/1989 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008).

Desse modo, a omissão legislativa em garantir o direito de greve dos servidores públicos, foi minimizada com a adoção da aplicação da Lei de Greve do setor privado, até a elaboração de lei específica, efetivando-se o direito.

Outro direito fundamental que fora efetivado, agora via Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, foi a criminalização da homofobia. A análise se deu no âmbito da ADO n. 26, julgada em 2019, onde o Supremo Tribunal Federal determinou que atos de homofobia e transfobia sejam enquadrados como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989), até que se elabore legislação própria sobre o assunto.

Veja-se a ementa:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO – A SITUAÇÃO DE INÉRCIA DO ESTADO EM RELAÇÃO À EDIÇÃO DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS NECESSÁRIOS À PUNIÇÃO DOS ATOS DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU DA IDENTIDADE DE GÊNERO DA VÍTIMA – A QUESTÃO DA “IDEOLOGIA DE GÊNERO” – SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A COLMATAÇÃO DO ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL: (A) CIENTIFICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL QUANTO AO SEU ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL E (B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFOBIA E DE TRANSFOBIA, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE CONFUNDE COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA “IN MALAM PARTEM”), NO CONCEITO DE RACISMO PREVISTO NA LEI Nº 7.716/89 – INVIABILIDADE DA FORMULAÇÃO, EM SEDE DE PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, DE PEDIDO DE ÍNDOLE CONDENATÓRIA FUNDADO EM ALEGADA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, EIS QUE, EM AÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PERFIL OBJETIVO, NÃO SE DISCUTEM SITUAÇÕES INDIVIDUAIS OU INTERESSES SUBJETIVOS –

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MEDIANTE PROVIMENTO JURISDICIONAL, TIPIFICAR DELITOS E COMINAR SANÇÕES DE DIREITO PENAL, EIS QUE REFERIDOS TEMAS SUBMETEM-SE À CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, art. 5º, inciso XXXIX) – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DOS REGISTROS HISTÓRICOS E DAS PRÁTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS QUE REVELAM O TRATAMENTO PRECONCEITUOSO, EXCLUDENTE E DISCRIMINATÓRIO QUE TEM SIDO DISPENSADO À VIVÊNCIA HOMOERÓTICA EM NOSSO PAÍS: “O AMOR QUE NÃO OUSA DIZER O SEU NOME” (LORD ALFRED DOUGLAS, DO POEMA “TWO LOVES”, PUBLICADO EM “THE CHAMELEON”, 1894, VERSO ERRONEAMENTE ATRIBUÍDO A OSCAR WILDE) – A VIOLÊNCIA CONTRA INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ OU “A BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO E TRANSFÓBICO” (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI): UMA INACEITÁVEL (E CRUEL) REALIDADE CONTEMPORÂNEA – O PODER JUDICIÁRIO, EM SUA ATIVIDADE HERMENÊUTICA, HÁ DE TORNAR EFETIVA A REAÇÃO DO ESTADO NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO AOS ATOS DE PRECONCEITO OU DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS CONTRA PESSOAS INTEGRANTES DE GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS – A QUESTÃO DA INTOLERÂNCIA, NOTADAMENTE QUANDO DIRIGIDA CONTRA A COMUNIDADE LGBTI+: A INADMISSIBILIDADE DO DISCURSO DE ÓDIO (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, ARTIGO 13, § 5º) – A NOÇÃO DE TOLERÂNCIA COMO A HARMONIA NA DIFERENÇA E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS – LIBERDADE RELIGIOSA E REPULSA À HOMOTRANSFOBIA: CONVÍVIO CONSTITUCIONALMENTE HARMONIOSO ENTRE O DEVER ESTATAL DE REPRIMIR PRÁTICAS ILÍCITAS CONTRA MEMBROS INTEGRANTES DO GRUPO LGBTI+ E A LIBERDADE FUNDAMENTAL DE PROFESSAR, OU NÃO, QUALQUER FÉ RELIGIOSA, DE PROCLAMAR E DE VIVER SEGUNDO SEUS PRINCÍPIOS, DE CELEBRAR O CULTO E CONCERNENTES RITOS LITÚRGICOS E DE PRATICAR O PROSELITISMO (ADI 2.566/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN), SEM QUAISQUER RESTRIÇÕES OU INDEVIDAS INTERFERÊNCIAS DO PODER PÚBLICO – REPÚBLICA E LAICIDADE ESTATAL: A QUESTÃO DA NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA DO PODER PÚBLICO EM MATÉRIA RELIGIOSA – O CARÁTER HISTÓRICO DO DECRETO Nº 119-A, DE 07/01/1890, EDITADO PELO GOVERNO PROVISÓRIO DA REPÚBLICA, QUE APROVOU PROJETO ELABORADO POR RUY BARBOSA E POR DEMÉTRIO NUNES RIBEIRO – DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – A BUSCA DA FELICIDADE COMO DERIVAÇÃO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – UMA OBSERVAÇÃO FINAL: O SIGNIFICADO DA DEFESA DA CONSTITUIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO CONHECIDA, EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA GERAL E EFEITO VINCULANTE – APROVAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DAS TESES PROPOSTAS PELO RELATOR, MINISTRO CELSO DE MELLO. PRÁTICAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS CONFIGURAM ATOS DELITUOSOS PASSÍVEIS DE REPRESSÃO PENAL, POR EFEITO DE MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO (CF, ART. 5º, INCISOS XLI E XLII), POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2019).

Como se verifica na análise dos exemplos estudados, importantes direitos fundamentais são assegurados pela via das ações constitucionais do mandado de injunção e da

ação direta de inconstitucionalidade por omissão, demonstrando a relevância dos instrumentos para o amparo da Constituição da República de 1988.

6 CONCLUSÃO

Diante do presente estudo comparativo e reflexivo realizado, atestam-se construtivas distinções entre o mandado de injunção e a ADI por omissão. De início, deve-se refletir acerca da necessidade dos dois instrumentos, que por se tratarem de meios distintos, têm também características diferentes.

Com a ressalva de que ambos os institutos partem de normas constitucionais de eficácia limitada, os mesmos incidem de diferentes modos na ordem jurídica brasileira.

Primeiramente, vê-se no mandado de injunção uma necessidade mais imediata, característica de um direito mais subjetivo do que objetivo, sendo possível identificar a parte carente da efetivação do direito e também a própria realização da norma regulamentadora do direito, de acordo com o procedimento sintetizado na Lei 13300 de 2016.

Por outro lado, quando se trata da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tem-se uma defesa das normas constitucionais de eficácia limitada, sem a mitigação do princípio da separação dos poderes, de forma que o caráter não tão imediatista quanto o do mandado de injunção permite que o Poder Judiciário apenas dê ciência ao Poder Legislativo, sem que a mora deste permita àquele a edição da norma.

Até por isso é que a legitimidade da propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem maior limitação e se restringe ao rol taxativo previsto no artigo 103 da Constituição da República de 1988, enquanto no mandado de injunção a legitimidade depende exatamente da condição de ser pessoa (física ou jurídica) titular do direito que se pretende efetivar.

Por fim, os efeitos da ADI por omissão são abstratos e erga omnes, enquanto os efeitos do mandado de injunção são mais concretos, subjetivos e por isso, em regra, interpartes.

Por tudo isso, note-se que nem todas as normas constitucionais geram efeitos por si só, mas algumas dependem de complementação e, nesse ponto, a visualização do mandado de injunção e da ADI por omissão são vistas da própria necessidade de serem o ordenamento jurídico como um todo, bem como os poderes do Estado, um conjunto harmônico de garantia da ordem jurídica, da ordem constitucional e da própria caminhada ao Estado Democrático de Direito.

Assim, resta evidente que ambos os instrumentos são importantes para a efetividade de direitos fundamentais, cujo exercício carecem de regulamentação legal. Como os exemplos citados no trabalho, do direito de greve dos servidores públicos e da criminalização da homofobia e transfobia, possibilitando a plena eficácia das normas constitucionais.

REFERENCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. *Lei do Mandado de Injunção*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 de jun. 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm>. Acesso em: 27 mar. 2020

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848*, de 10 de novembro de 1999. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de nov. 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712. Relator: Min. Maurício Correa. Julgado em 31 out. 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018921>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 13 jun. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Lei do Mandado de Injunção fortalece controle de omissões inconstitucionais*. Consultor Jurídico. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-11/observatorio-constitucional-lei-mandado-injuncao-fortalece-controle-omissoes>. Acesso em 27 mar. 2020.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 19. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no direito brasileiro, a representação interventiva*. 28. ed. São Paulo:

Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PACHECO, José da Silva. *Mandado de Segurança e outras ações constitucionais típicas*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

RAPASSI, Rinaldo Guedes. *Direito de greve dos servidores públicos*. São Paulo: LTr, 2005.

VALE, André Rufino do. *Até que enfim, uma Lei para o Mandado de Injunção*. Consultor Jurídico. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-30/observatorio-constitucional-enfim-lei-mandado-injuncao>>. Acesso em 27 mar. 2020.