



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

A RELAÇÃO DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS FRENTE À GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ORIENTANDO (A) : Suene Alves Ribeiro de Souza
ORIENTADOR (A) - PROF. (A): Marisvaldo Cortez Amado

GOIÂNIA
2021

SUENE ALVES RIBEIRO DE SOUZA

**A RELAÇÃO DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS FRENTE À
GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS). Prof. Orientador : Marivaldo Cortez Amado

GOIÂNIA
2021

SUENE ALVES RIBEIRO DE SOUZA

**A RELAÇÃO DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS FRENTE À
GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Data da Defesa: ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientador:	Prof.	Titulação	e	Nome	Completo
Nota					

Examinador	Convidado:	Prof.	Titulação	e	Nome	Completo
Nota						

Dedicatória

Aos meus amados pais, SUELI ALVES RIBEIRO e VALDOMIRO DIAS NOGUEIRA, que sempre se dedicaram à minha educação com amor e carinho, pilares da minha formação como ser humano.

Agradecimentos

Agradeço a Deus pelo por me manter na trilha certa durante esse projeto de pesquisa, por conceder o privilegio do dom da vida e por todas as conquistas que tem me proporcionado. Agradeço, ao meu orientador pela paciência e apoio na produção deste belo artigo científico. Por fim, não posso deixar de agradecer todos os profissionais e, especialmente, os meus queridos professores da PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIAS. Deixo aqui meu agradecimento por tudo que aprendi nessa Instituição de ensino.

SUMÁRIO

RESUMO	7
INTRODUÇÃO	8
1 DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSAO E COMISSAO DO PODER LEGISLATIVO.....	10
1.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSAO.....	10
1.2 DA INCONSTITUCIONALIDADE POR ATOS COMISSIVOS	14
2 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	15
2.1 O PAPEL DO STF FRENTE AS OMISSÕES DO PODER LEGISLATIVO.....	15
CONCLUSAO.....	17
REFERENCIAS.....	18

A RELAÇÃO DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS FRENTE À GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

SUENE ALVES RIBEIRO DE SOUZA

RESUMO

O presente trabalho de artigo científico tem por objeto o estudo do efeito ocasionado pela recorrência das omissões legislativas frente à garantia de direitos fundamentais. Com efeito, o objetivo principal é investigar como essas omissões presentes no poder legislativo configuram-se em mais uma barreira ao acesso à justiça e inclusive acesso aos direitos fundamentais constitucionais garantidos, ou seja, pessoas em situação de vulnerabilidade ocasionada por terceiros, cuja integralidade dos direitos garantidos pela constituição demonstra uma fragilidade quanto a sua soberania. Momentaneamente, em análise rasa, há a ideia de que o constituinte originário, com a redação dada ao § 1º do art. 5º, deu a máxima efetividade aos direitos fundamentais, em toda e qualquer circunstância. Mas, neste artigo científico é abordado que na prática, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais contenha inúmeras dúvidas e contradições. Além do que, como mencionado, persistem dúvidas no tocante à harmonização de tal dispositivo com o Mandado de Injunção e com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.

Palavras chave: omissão legislativa, direitos fundamentais constitucionais, acesso à justiça, ação direta de inconstitucionalidade.

INTRODUÇÃO

A priori há de se destacar que a escolha do tema do presente artigo científico teve motivação em virtude da importância que tem os direitos fundamentais constitucionais, tendo em vista que são o conjunto de direitos mais importantes em uma comunidade de pessoas, reconhecidos por uma ordem constitucional.

Diante da importância diretamente relacionada à concretização da dignidade da pessoa humana, é importantíssimo destacar que tais direitos assumem, na doutrina jurídica, um patamar de prioridade para a consolidação das reivindicações sociais e para uma construção evolutiva do Direito como um todo, formando a base e os elementos conjunturais que revelam um projeto de futuro sobre o qual se assenta uma sociedade civil organizada.

Há também de se destacar como uma forte ferramenta para a democratização do direito, especialmente nas comunidades mais carentes onde se concentram a maior parcela de desigualdade social e econômica levando em consideração que determinados lugares da sociedade não se tem total acesso a informação, principalmente em relação a direitos pertinentes ao próprio ser humano.

Infelizmente, não é novidade, mas vale a pena ressaltar que a falta de efetividade dos dispositivos constitucionais colocam em perigo a própria ordem constitucional. As normas e especialmente os direitos fundamentais constantes na Constituição devem ser concretizados e aplicados. Mas para isso, é necessário a atuação dos órgãos e Poderes a quem foi incumbida a tarefa de regulamentar as normas constitucionais de eficácia reduzida.

Tendo por base essa breve noção de dever de aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais constitucionais, o presente trabalho objetiva investigar como os mecanismos de controle criados para assegurar a

concretização dos direitos fundamentais estão sendo aplicado, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, órgão guardião dos direitos e liberdades fundamentais previstos no texto constitucional.

1 DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E COMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO

2.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Tomando como base a visão do estudo realizado por José Afonso da Silva, na Constituição de 1988, existem normas de eficácia plena, contida e limitada.

Tomando também por base o pensamento de PIOVESAN, dessa forma, verifica-se que a omissão legislativa inconstitucional incide sobre as normas que não possuem aplicabilidade direta, imediata e integral. Ou seja, o seu campo de incidência situa-se nas normas que necessitam de legislação ulterior que lhe confirmem eficácia. Portanto, as omissões inconstitucionais recaem sobre as normas de eficácia limitada. (PIOVESAN, 1995).

Diante dessas informações, devemos ter cuidado ao analisar sobre quais normas de eficácia limitada incide a omissão inconstitucional. Partindo desse pressuposto, temos que em relação às normas definidoras de princípios institutivos, somente as normas impositivas podem ser objeto de controle. Isso porque, somente essas estabelecem uma obrigação ao legislador, ou seja, uma imposição de legislar.

Em relação às normas facultativas o legislador acaba ficando livre para regular ou não determinada matéria constitucional, conforme a sua conveniência. Portanto, quando o legislador não o faz, a sua omissão não será inconstitucional.

Por outro lado, em relação às normas programáticas, apenas as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade necessitam de uma norma regulamentadora para garantir a sua aplicabilidade.

A partir daí é que se verifica a incidência da omissão inconstitucional, os mecanismos de controle criados pela Constituição de 1988 devem ser acionados para dar efetividade às normas constitucionais e concretizar os direitos fundamentais constantes na Carta Magna.

Em relação ao tema de estudo, inconstitucionalidade por omissão e o seu controle, importante levar em consideração a opinião de Flávia Piovesan:

Esta inovação constitucional expressa ruptura com a concepção que admite na Constituição um elenco de normas destituídas de qualquer aparato sancionatório, que não apresentam qualquer resposta à sua violação, que não ordenam, proibem ou permitem em lapso temporal determinado e, sobretudo, normas que estão condicionadas unicamente à vontade do poder, que a assume como obrigação moral ou, no máximo, política. **(PIOVESAN, 1995, p.70).**

Por exemplo, qualquer dos poderes pode em algum momento ser omissos em relação à determinada imposição constitucional. Iniciando com o Poder executivo, pode deixar de realizar alguma prestação positiva a qual estava obrigado. E por outro lado, na ótica do Poder Judiciário, não é possível a negativa de justiça, mas vale lembrar que a morosidade do judiciário pode frustrar a satisfação da pretensão das partes. Mas as deficiências encontradas nas condições da assistência judiciária podem dificultar o acesso à justiça, o que acaba tornando-se uma omissão em relação à celeridade judicial, que pode vir a prejudicar o cidadão em algum momento quando este necessitar de determinada prestação judiciária.

Bom, apesar da referência sobre o poder Judiciário, sabemos que o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão é observado especialmente no Poder Legislativo, quando este se omite em elaborar a norma necessária à concretização dos mandamentos constitucionais. É claro, principalmente relacionada à inércia do Legislador, em cumprir a obrigação que lhe foi imposta e isso tem sido alvo de discussões jurisprudenciais e doutrinárias.

Assim como já foi destacado no início do desenvolvimento deste trabalho, nota-se que a obrigação de legislar advém de uma norma de eficácia limitada, que necessita de regulamentação para a realização dos direitos nela assegurados e se dá através de prestação positiva à sociedade.

Então, em se tratando portanto especialmente do plano legislativo, a inconstitucionalidade por omissão está relacionada ao descumprimento do dever de regulamentar e conferir aplicabilidade às normas constitucionais de eficácia limitada.

Em se tratando de inconstitucionalidade por omissão, sabe-se que somente a partir de 1970, nas constituições da Iugoslávia (1974) e de Portugal (1976), embora o tema já estivesse sendo discutido, em sede jurisprudencial, desde o final da década de 1950 e início da década de 1960, em países como a Itália e a Alemanha. **(BARROSO, 2012)**.

Trazendo esse tema para perto, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe a previsão de dois remédios jurídicos, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção, para que se fosse viável tentar solucionar o problema das omissões legislativas inconstitucionais.

As omissões provocadas pelo poder Legislativo podem ser divididas em duas partes, por assim se dizer, a omissão total que acontece quando o legislador descumpra o comando constitucional e deixa de elaborar inteiramente a norma. E a omissão parcial, que pode ser analisada em duas espécies: omissão relativa e omissão parcial propriamente dita. Na primeira hipótese, o legislador edita a norma, mas deixa de abranger determinada categoria que nela deveria estar inserida, impedindo o acesso desta ao benefício estabelecido na norma. Na omissão parcial propriamente dita, não

há violação ao princípio da igualdade, porém o legislador elabora a norma de modo deficiente em relação à determinação constitucional.

1.2 DA INCONSTITUCIONALIDADE POR ATOS COMISSIVOS

Imediatamente adentrando no campo de inconstitucionalidade legislativa cometida por atos comissivos tem-se a dificuldade em separar sua similaridade com os atos omissivos, uma vez que em se tratando de atos omissivos a chance de acontecer é muito grande. Pois bem, seguindo o que foi demonstrado, a utilização das ações do controle de constitucionalidade comissivo tem a vantagem de, a um só tempo, permitir tanto o reconhecimento da desconformidade constitucional daquilo que foi feito, quanto daquilo que faltou fazer na disciplina normativa incompleta, e é aí que entra os atos comissivos inconstitucionais, como a igualdade pode ser restabelecida seja declarando a inconstitucionalidade do próprio regime favorável, ou seja, daquilo que foi feito, seja reconhecendo a inconstitucionalidade da norma que consagra a discriminação arbitrária, ou daquilo que não foi feito, fiscalizar as omissões relativas por meio das ações do controle de atos comissivos é a melhor opção.

Enquanto não incorporados às vias de controle abstrato fundamentos teóricos e técnicas decisórias a superação das omissões relativas será sempre um problema insolúvel. Bom, mas ao contrário do que se pode pensar, a aplicação dessas ações do controle comissivo para cuidar das omissões relativas quanto àquilo que não foi feito não significa necessariamente retroceder com o progresso obtido, embora de forma deficitária, com a disciplina contemplada pelo ato normativo.

3 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

2.1 O PAPEL DO STF FRENTE AS OMISSÕES DO PODER LEGISLATIVO

Em grandiosa e tão necessária evolução de sua jurisprudência, a Suprema Corte passou a conceder o mandado de injunção com o fim de reconhecer a omissão, e também com intuito de assinar-se um prazo a fim de que se ultimasse o processo legislativo faltante.

Segundo uma matéria publicada no site JUSBRASIL, foi realizada uma pesquisa na FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIENCIAS HUMANAS (FFLCH) da Universidade de SÃO PAULO que constatou que nos últimos anos o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL passou a ter alterações nos seus posicionamentos em que se diz respeito a as omissões do poder legislativo.

Além dos mandados de injunção, as ações diretas de inconstitucionalidade, que, assim como os mandados de injunção, também servem para questionar a ausência de leis e normas que apliquem o que está previsto pela Constituição. Porém diferentemente do mandado de injunção, esse tipo de ação só pode ser proposta por entidades legitimadas, como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), partidos políticos e sindicatos.

Segundo José Afonso da Silva, pode-se exteriorizar que o cabimento do mandado de injunção tem como pressuposto notável, em primeiro lugar, "a carência de norma regulamentadora para viabilizar o exercício de direito previsto por norma constitucional"; e em segundo lugar "ser o impetrante beneficiário direto do direito impedido de se realizar face a inexistência de norma que lhe regulamente a contento" (Silva, 1992, p. 391).

Deve se ainda registrar, a fim de demonstrar e reforçar o posicionamento adotado pela Corte Suprema, artigo doutrinário publicado pelo Ministro Carlos Mário da Silva Velloso:

A diferença entre mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão está justamente nisto: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional abstrato, de competência exclusiva do STF, a matéria é versada apenas em abstrato e, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de 30 dias (CF, art. 103, § 2º). No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a constituição concede é ineficaz ou inviável em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, **a integração do direito à ordem jurídica**, assim **tornando-o eficaz e exercitável**.

CONCLUSÃO

Com o estudo do tema objeto deste artigo científico nos foi possível obter algumas conclusões, advindas de posições e entendimentos acerca do assunto abordado.

Todavia, com o escopo de resumir os fatos abordados, leva-se à conclusão de que primeiramente a Constituição Federal conferiu ao Poder Judiciário a possibilidade de criar o Direito, sob novo enfoque, ultrapassando a simples aplicação da lei ao caso concreto, verificou-se também que o pressuposto que embasa o exercício e necessidade do mandado de injunção é a falta de norma regulamentadora de qualquer espécie ou natureza.

Todo e qualquer direito constitucional é apto, a priori, a servir de embasamento jurídico à ação de injunção, foi abordado também que o mandado de injunção é apto à tutela de direitos individuais, difusos ou coletivos, e, por fim verificou-se que o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão não se confundem, posto que seus objetivos, seus objetos são distintos.

REFERÊNCIAS

BARROSO. Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. revista e atualizada. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6 ed., 3 tiragem. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

MENDES, Gilmar. Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional. Disponível em: <http://www.direitointegral.com/2008/11/omissao-legislativa-inconstitucional.html>. Acesso em: 27/09/2009.

PIOVESAN, Flávia C. Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção. 1. ed. São Paulo: RT, 1995.

<https://observatorio-eco.jusbrasil.com.br/noticias/2548119/omissao-do-poder-legislativo-propicia-maior-atuacao-do-stf>