

CONSTITUIÇÃO E DEFICIT PROCEDIMENTAL NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL: ANÁLISE A PARTIR DA PROPOSTA DE JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO

FERNANDA SELL DE SOUTO GOULART FERNANDES

Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Advogada (OAB/SC 23.524) e Professora de Direito Processual Civil do Curso de Direito da UNIVALI. E-mail: nanda_goulart@univali.br ou fernanda@ssg.adv.br

MARCELO BUZAGLO DANTAS

Advogado. Membro das Comissões de Direito Ambiental da OAB/RJ e do IAB. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-PR. Mestre e Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Visiting Scholar do Environmental Law Program da Pace University School of Law (White Plains/NY). Pós-Doutorando em Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade pela UNIVALI/SC (Bolsista CAPES). Professor de Direito Processual Civil da Escola do Ministério Público de Santa Catarina e dos Cursos de Especialização em Direito Ambiental da PUC-SP, PUC-PR, UNISINOS, UNIVALI e CESUSC. E mail: marcelo@buzaglodantas.adv.br

Resumo

O presente artigo trata de discutir, primeiramente, e com base na teoria de José Joaquim Gomes Canotilho, se os Direitos Fundamentais constitucionalmente previstos geram um direito fundamental ao procedimento de efetivação destes direitos. Em um segundo momento estuda-se quais os mecanismos existentes na legislação brasileira com vistas à efetivação dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil. Verifica-se, por fim, que apesar de haver uma crescente efetivação dos Direitos Fundamentais ainda encontra-se um déficit procedimental no Direito Brasileiro. Diante da inoperância do Poder Público é imperiosa a participação da sociedade na busca da concretização dos Direitos Fundamentais através da prestação da tutela jurisdicional. O método a ser utilizado para a pesquisa e relato é o indutivo.

Palavras-chave

Processo; Procedimentos; Constituição; Direitos fundamentais.

Abstract

This article aims to discuss, firstly, and based on the theory of José Joaquim Gomes Canotilho if constitutional rights generate another constitutional right to procedure. The second step is to study which are the mechanisms statued in the Brazilian legislation that may be used to enforcement of Rights that are presented in the Constitution of the Federative Republic of Brazil. Finally, although there is a growing realization of fundamental rights, there is a procedural deficit in Brazilian Law too. Against the government's ineffectiveness the society participation in the pursuit of realization of constitutional rights through the provision of legal protection is imperious. The method used for the research and reporting is inductive.

Key words

Process; Procedures; Constitution; Constitutional rights.

1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 contempla um grande rol de Direitos e Garantias Fundamentais. Não somente em seu artigo 5º mas em todo o seu texto estão previstos tais direitos, como o caso do Direito ao Meio Ambiente (art. 225 da CRFB), a Ordem Urbanística (art. 182 da CRFB), ao Patrimônio Cultural (art. 216 da CRFB), entre outros.

Buscando a efetivação dos Direitos Fundamentais nasce o direito ao procedimento que implica, essencialmente, no direito à criação, pelo legislador, de determinadas normas procedimentais ou processuais; o direito à interpretação e à aplicação concreta, pelo juiz, das normas e princípios procedimentais ou processuais.

Com base na teoria de José Joaquim Gomes Canotilho o presente ensaio tem como objetivo analisar se qualquer direito fundamental pressupõe um suporte procedimental/processual. Assim sendo, pergunta-se, a titularidade de um direito fundamental significa a existência de um direito fundamental ao procedimento?

Em um segundo momento analisa-se os mecanismos criados pela Constituição Brasileira de 1988 com vistas à efetivação dos Direitos Fundamentais. Dentre eles estudar-se-ão a Declaração de eficácia imediata dos Direitos Fundamentais, o Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão.

O método que serviu de base para a investigação, o tratamento dos dados e a elaboração do relato desta pesquisa foi o indutivo¹, e as técnicas utilizadas foram as do

1 O método indutivo consiste em “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e coleciona-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral(...)” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.86).

referente², a de categorias³ e de conceitos operacionais⁴, a leitura dirigida, fichamento de obras e consultas na rede mundial de computadores.

As Considerações Finais demonstram, por sua vez, que a previsão dos Direitos Fundamentais, com a força normativa da Constituição Federal faz surgir um direito fundamental ao procedimento. Apesar de o legislador brasileiro ter criado ferramentas que buscam a concretização dos Direitos Fundamentais ainda não se atingiu o nível desejado de democratização através da participação social.

2. Direito ao Procedimento/ Direitos Processuais

O processo é método de resolução de conflitos de que devem participar, ativa e racionalmente, as partes e o órgão jurisdicional. Para tanto, deve o processo oferecer instrumentos de proteção e realização dos direitos dos indivíduos, e ser, também, espaço em que se permita exercitar democraticamente tais direitos.⁵

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz em seu corpo um enorme catálogo de Direitos e Garantias Fundamentais. Contudo qualquer Direito Fundamental pressupõe a existência de um dever do legislador de criação e ordenação adequada do procedimento ou processo indispensável à garantia do direito material?

Ou ainda, a proteção através do procedimento ou processo significa direito fundamental ao procedimento?⁶

Segundo Canotilho, desde o início da década de 70 assiste-se ao desenvolvimento de “impulsos teóricos” tendentes a demonstrar que há uma imbricação material do procedimento e/ou processo com os direitos fundamentais, sob uma tripla perspectiva: procedimento/processo (i) reconduzíveis a instrumentos de proteção e realização dos direitos fundamentais; (ii) configurados como instrumentos “adequados e justos” para a limitação

2 “Referente é a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto final desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 54).

3 “Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 25).

4 “Conceito Operacional (=Cop) é uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 50).

5 MEDINA, José Miguel Garcia. **A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC**. in Revista de Informação Legislativa. Brasília ano 48. N. 190 abr/jun. 2011. p.289-302

6 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 76.

ou restrição dos direitos fundamentais; e (iii) proclamados como “locais” ou “espaços” de exercício dos direitos fundamentais⁷.

A partir destas premissas surgem teorias substancialmente diferentes.

Para explicar as posições que o indivíduo ocupa frente ao Estado, Georg Jellinek, na obra *System der subjektiven Öffentliche Rechte*, formulou teoria segundo a qual haveria quatro “relações de status”, que seriam o status passivo, o negativo, o positivo e o ativo. A doutrina mais recente tem tentado adaptar a teoria de Jellinek, concebida com vistas aos chamados direitos de primeira geração (*rectius*: dimensão), ampliando-a.⁸

Além destas formas de *status*, reconhece-se que as partes têm *status activus processualis*.

Partindo da doutrina de Jellinek, a teoria do *status activus processualis* foi desenvolvida por Peter Häberle, em texto intitulado “Grundrechte in Leistungsstaat”. Segundo este autor, o *status activus processualis* é a síntese de todas as normas e formas que dizem respeito à participação procedimental, através do Estado, daqueles que tiveram seus direitos fundamentais atingidos. Têm as partes, assim, direito de participar no procedimento da decisão da competência dos poderes públicos. Tal participação não se limita ao direito de se manifestar e de ser ouvido, mas, mais que isso, consiste em poder influir.⁹

Häberle parte da premissa de que a mera “tecnicidade” (*Technizität*) jurídica, característica do Estado burguês, não é mais suficiente para dar conta das novas demandas trazidas pela dimensão positiva atribuída a esses direitos, sugerindo então a revitalização da condição de *status activus processualis*, desenvolvida por Jellinek. No dizer do autor, os direitos fundamentais se caracterizam por e pressupõem, antes de tudo, um direito de participação (*Teilhaberecht*), já que em face de suas características positivas eles se tornam, cada vez mais, alvo de organização e de procedimento estatal (*weil Grundrechte im Leistungsstaat immer mehr zur Sache staatlicher Organisation und Verfahren werden*).¹⁰

Assim sendo, a participação no procedimento da decisão constitui, então, uma posição subjetiva inerente ao direito fundamental. Por outras palavras: a participação

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 72.

8 MEDINA, José Miguel García. **A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC**. in Revista de Informação Legislativa. Brasília ano 48. N. 190 abr/jun. 2011. p.289-302

9 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 73.

10 AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; ALMEIDA, Angela. **Direito ao Procedimento e/ou Direito ao Processo para a Defesa do Meio Ambiente**. doi: 10.5007/2177-7055.2011v32n63p271. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, [S.l.], p. 271-289, dez. 2011. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n63p271>>. Acesso em: 20 Jan. 2015.

procedimental, ela mesma, é o exercício de um direito fundamental. Dito de outro modo: o cidadão, ao dispor de instrumentos jurídico-processuais para influenciar diretamente no exercício das decisões dos poderes públicos que afetam ou podem afetar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço real de liberdade e de efetiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade.¹¹

O discurso sobre direitos fundamentais na década de 1980 já tende a acompanhar a descentralização do “Estado global” para o “Estado setorial” e a ênfase do “Estado pós-industrial mínimo” em desfavor do “Estado social de prestações”. A ideia de procedimento/processo continua a ser valorada como dimensão indissociável dos direitos fundamentais. Porém, a participação no e através do procedimento já não é um instrumento funcional e complementar da democracia, mas, sim, uma dimensão intrínseca dos direitos fundamentais.¹²

Assim, quando se impõe que determinadas medidas estatais que afetem direitos fundamentais devam observar um determinado procedimento, sob pena de nulidade, não se está a fazer outra coisa senão proteger o direito mediante o estabelecimento de determinadas normas de procedimento. Portanto, o direito fundamental material tem irradiação sobre o procedimento, devendo este ser conformado de forma a assegurar a efetividade ótima do direito protegido.¹³

3. Direito à Proteção Jurídica e Direitos Fundamentais de Defesa

Necessária é a diferenciação entre direito à proteção jurídica e direito de defesa perante o Estado.

O direito à proteção jurídica (dimensão horizontal) é uma pretensão que qualquer titular de um direito fundamental pode exigir do Estado que o proteja perante agressões de outros cidadãos¹⁴.

Alexy entende por direitos de proteção os direitos do titular de direito fundamental frente ao Estado para que este o proteja de intervenções de terceiros. Os direitos à proteção podem ter como objeto coisas muito diferentes. Não só a vida e a saúde são bens possíveis de proteção, mas também outros bens como a dignidade, liberdade, família e

11 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 73.

12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 74.

13 MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Jurídica Virtual, v.2, n.14, jul. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/capa.htm. Acesso em: 18/05/2015.

14 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 76.

propriedade. Os direitos de proteção são, pois, direitos constitucionais a que o Estado organiza e maneja a ordem jurídica de maneira a que se respeite a relação recíproca de sujeitos jurídicos iguais.¹⁵

Já o direito fundamental de defesa (dimensão vertical) é um direito cujo conteúdo se traduz fundamentalmente em exigir que o próprio Estado (poderes públicos) se abstenha de intervenções coativas na esfera jurídica do particular. O cidadão pretende uma abstenção dos poderes públicos.¹⁶

Os direitos de proteção e os direitos de defesa têm sido contrapostos reciprocamente porque os primeiros são direitos a ações positivas e os outros a ações negativas.

Mas em ambos os casos o Estado é chamado: nos direitos de proteção invoca-se o Estado como destinatário do dever de proteção de particulares; nos direitos de defesa impõe-se ao Estado o dever de não agredir (ou dever de se abster perante) a esfera jurídica dos cidadãos.¹⁷

Mesmo no Estado Liberal não há como afastar a prestação estatal. Situações de defesa perante o Estado e de defesa perante particulares através do Estado mostram o reconhecimento do dever do Estado de proteger particulares perante particulares, ou de garantir a defesa dos cidadãos perante ele próprio.

A cidadania civil conquistada no século XVIII é constituída pelos direitos individuais necessários ao exercício da liberdade, igualdade, propriedade, de ir e vir, direito à vida, segurança, etc. Esses direitos embasaram o liberalismo. A cidadania política, alcançada no século XIX, compreende o direito de participar do poder político tanto diretamente, pelo governo, quanto indiretamente, pelo voto. Já, a cidadania social atingida no século XX – a partir das lutas do movimento operário e sindical – abarca os direitos ao trabalho, saúde, educação, aposentadoria, seguro-desemprego, ou seja, a garantia de acesso aos meios de vida e bem-estar social.¹⁸

Qualquer direito material postula uma dimensão procedimental/processual, e, por isso, reconhecer um direito material constitucional implica, necessariamente, reconhecer um direito subjetivo do procedimento/processo, como indispensável para garantir a eficácia do direito material. Assim, configurado subjetivamente como direito, ou objetivado

15 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 435-436.

16 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 77.

17 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 77.

18 MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania**. Por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 21.

obrigatoriamente através do cumprimento de um dever pelo Estado, o processo torna-se indispensável para assegurar uma proteção eficaz dos Direitos Fundamentais.¹⁹

Assim, a existência de um direito subjetivo ao procedimento e processo para a tutela dos Direitos Fundamentais poderia desenvolver-se a partir da tese: qualquer direito material postula uma dimensão procedimental/processual, e, por isso, reconhecer um direito material fundamental implica, necessariamente, reconhecer um direito subjetivo ao procedimento e processo, como indispensável para garantir a eficácia do direito material fundamental.²⁰

4. Mecanismos de Concretização dos Direitos Fundamentais no Brasil

A Constituição brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de lhes emprestar significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e sete incisos e dois parágrafos (art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A idéia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância.²¹

Mas, apesar do longo rol, ainda reconhece a existência de outros Direitos Fundamentais que não aqueles previstos no catálogo do artigo 5º, como são os casos do Meio Ambiente, Ordem Urbanística e Patrimônio Cultural, por exemplo.

Ao lado da previsão dos Direitos Fundamentais, como característica do constitucionalismo contemporâneo, constata-se a incorporação de uma série de mecanismos de concretização desses direitos, já que se chega à conclusão de que o problema destes tempos está em como juridicizar o Estado Social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos.²²

19 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 79.

20 AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; ALMEIDA, Angela. **Direito ao Procedimento e/ou Direito ao Processo para a Defesa do Meio Ambiente**. doi: 10.5007/2177-7055.2011v32n63p271. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, [S.l.], p. 271-289, dez. 2011. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n63p271>>. Acesso em: 20 Jan. 2015.

21 MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Jurídica Virtual, v.2, n.14, jul. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/capa.htm. Acesso em: 18/05/2015.

22 OLIVEIRA NETO, Francisco José de. **Estrita legalidade e atividade jurisdicional**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 29.

No Brasil, a Carta Magna de 1988, visando a concretização dos Direitos nela previstos, criou uma série de mecanismos, dentre eles a declaração de aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º), o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI) e a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º).²³

4.1. A Aplicabilidade Imediata dos Direitos e Garantias Fundamentais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, § 1º dispõe que “*as normas definidoras dos direitos, liberdades e garantias fundamentais tem aplicação imediata*”.

Ao estabelecer esta aplicabilidade imediata, a Constituição brasileira deseja reforçar a sua normatividade, tornando clara a sua natureza de direito constitucional e a sua força autônoma, independentemente de uma lei concretizadora.

Canotilho expõe alguns requisitos para a aplicabilidade imediata dos Direitos Fundamentais: (I) questão da juridicidade: As normas de um Estado têm de possuir um alto grau de determinabilidade sob pena de invalidade. Elas devem estabelecer normas de comportamento para os particulares, ação para as autoridades, e controle para as entidades fiscalizadoras. (II) questão de segurança: trata da segurança na previsibilidade da norma. (III) questão de igualdade: a garantia da igualdade perante o direito, ou através da criação do direito. (IV) questão de legislação: a feitura das normas exige clareza e determinabilidade por parte do órgão legiferante. (V) determinabilidade como pressuposto: a normatividade reforçada dos direitos, liberdades e garantias, traduzida na sua aplicabilidade direta, pressupõe que as normas consagradoras desses direitos possuem um conteúdo jurídico suficientemente preciso ou determinável. Isso exigirá que estejam suficientemente determinados, de forma a garantir a validade, efetividade e vinculatividade das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias: os pressupostos de fato, as consequências ou efeitos jurídicos e as cláusulas restritivas do âmbito de proteção.²⁴

Longe está o consenso a respeito da adequada compreensão do §1º, do artigo 5º da Constituição Federal brasileira. A primeira polêmica dá-se pela adequada definição de sua abrangência, ou seja, se é aplicável apenas ao art. 5º, ou a todo e qualquer direito fundamental previsto na Constituição, optando a maioria pela última posição, sob pena

23 A Constituição da República Federativa do Brasil possui previsão de outros mecanismos para a defesa de Direitos Fundamentais que não serão abordados neste trabalho por não serem o foco do estudo, tais como a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança individual e coletivo, a ação de improbidade administrativa, o habeas corpus, etc.

24 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 148-149.

de excluir da imediatividade os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos.²⁵

Outra questão está relacionada ao significado e ao alcance dessa regra. Sustenta Sarlet que deve ser entendido como uma ordem de otimização dos direitos fundamentais, ou seja, uma cláusula constitucional que estabelece aos órgãos estatais a tarefa de reconhecer a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.²⁶

O STF já decidiu pela aplicação imediata das normas disciplinadoras de Direitos Fundamentais:

[...] E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196)- PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem juridicamente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o

25 OLIVEIRA NETO, Francisco José de. **Estrita legalidade e atividade jurisdicional**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 30.

26 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 274.

cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. **DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.**- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF”. (STF - AI: 462563 RS, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 08/12/2004, Data de Publicação: DJ 02/02/2005)

Assim, tem-se que, no Brasil, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais se constitui em um princípio e que, portanto, deve ser efetivado na maior medida possível, à luz de cada caso concreto. Tal interpretação não se coaduna com uma regra de tudo ou nada, e sim, como os demais princípios que devem ser concretizados segundo um mandado de otimização. Nessa linha, cabe ao intérprete, em cada caso concreto, atribuir ao direito fundamental a máxima efetividade possível. No entanto, como se trata de um exercício de hermenêutica, a compatibilização do princípio deve ser feita com escopo em argumentos de ordem lógica e racional.²⁷

4.2. O Mandado de Injunção

Criado pelo legislador constituinte brasileiro e consagrado pela primeira vez na Constituição de 1988, o mandado de injunção consiste em uma garantia constitucional autoaplicável a ser utilizada quando 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.²⁸

É um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considera titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas, inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição Federal.²⁹

Trata-se de um instrumento cujo objetivo é dar concretude às normas previstas na Constituição da República, não permitindo que o ali previsto permaneça sem a efetividade

27 MATOS, Marilene Carneiro. **Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade imediata.** E-legis. n.8. p.66-81. 1º semestre de 2012.

28 NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional.** 9 ed. São Paulo: Método, 2004. p. 600.

29 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 391

esperada. Surge para tratar do que é chamado pela doutrina de uma dramática patologia nacional: o descrédito da Constituição causado pela inércia do legislador.³⁰

Canotilho³¹ assevera acerca do instrumento brasileiro:

se o mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vazar em moldes normativos regras actuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma protecção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começa a destruir o ‘rochedo de bronze’ da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará seus objetivos.

Desde 2007, o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando no sentido de atribuir ao Judiciário o dever de suprir a norma omissa nas ações de Mandado de Injunção. É o que se mostra no julgado MI 712, da lavra do Ministro Eros Grau:

“[...] 5. **Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia.**[...] 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social.[...] 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2o da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4o, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever -poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. **Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil.**” (MI 712, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007) (grifei)

30 BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed, São Paulo: Saraiva, 2006. p.244

31 CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 367

José Afonso da Silva³² enumera como pressupostos: i) falta de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa reclamada; ii) ser o impetrante beneficiário direto do direito, liberdade ou prerrogativa que postula em juízo. Já Reginaldo Bacha³³ assim distribui: i) a existência de um direito ou liberdade constitucional ou de uma prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania; ii) falta de norma regulamentadora desse direito, ou liberdade ou prerrogativa; e iii) inviabilidade do exercício desse direito, ou liberdade ou prerrogativa, em virtude da falta de norma regulamentadora.

4.2.1. Inconstitucionalidade por Omissão

A violação das normas constitucionais pode ocorrer não apenas quando o Poder Público pratica condutas comissivas (inconstitucionalidade por ação), mas também em hipóteses nas quais deixa de agir conforme determina a Constituição (inconstitucionalidade por omissão). Para assegurar a supremacia constitucional ficou consagrada, além do Mandado de Injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.³⁴

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) tem por finalidade precípua a defesa da ordem constitucional objetiva, de modo a assegurar a supremacia e a força normativa da Constituição no tocante às normas constitucionais cuja efetividade dependa de alguma medida a ser tomada pelos poderes públicos. Caracteriza-se por ser uma ação de controle concentrado-abstrato de constitucionalidade, na qual a pretensão é deduzida em juízo mediante um processo constitucional objetivo, cuja finalidade principal é a defesa da ordem constitucional objetiva.³⁵

Grande parte das decisões proferidas em ADO mantinham-se na linha da impossibilidade de ir além da ciência do legislador em mora para que adotasse as providências sob sua responsabilidade, sem previsão de qualquer consequência.

Exceção a essa regra foi o julgamento ocorrido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3682. Nele, após reconhecer a existência de inércia do legislador, determinou-se que, em um prazo de dezoito meses, fossem adotadas toas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do comando constitucional:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL,

32 SILVA, José Afonso da. Mandado de Injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Mandado de Segurança e de Injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 398.

33 BACHA, Sérgio Reginaldo. **Mandado de Injunção**. Estudos e considerações. Minas Gerais: Del Rey, 1998.

34 NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Método, 2004. p. 321.

35 NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Método, 2004. p. 322.

NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inércia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. **Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição**, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios. (STF, ADI 3682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 06.09.2007) (grifei)

Através da Lei n. 12063/2009, houve inclusão de dispositivos na Lei 9868/99, interessando no momento o artigo 12-H, que dispõe que, em caso de declaração de inconstitucionalidade por omissão, o primeiro passo será a ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias no prazo de 30 dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.³⁶

36 OLIVEIRA NETO, Francisco José de. **Estrita legalidade e atividade jurisdicional**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 34.

5. Conclusões

O constituinte de 1988 privilegiou no texto constitucional a disposição dos Direitos e Garantias Fundamentais. Com um grande rol, não taxativo, de Direitos, ficou disciplinada uma das características marcantes do Estado Democrático de Direito (ou Estado Constitucional Democrático), quais sejam: I) ampliação dos mecanismos de exercício de soberania popular; II) a garantia jurisdicional da supremacia material e formal da Constituição; III) a busca pela efetividade dos direitos fundamentais; e IV) o alargamento do conceito de democracia.

A preocupação com a supremacia constitucional e o respeito aos direitos fundamentais ficam claros com os inúmeros mecanismos processuais postos a sua disposição, com destaque para a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

Demonstrou-se no presente trabalho, com base na teoria de José Joaquim Gomes Canotilho, que a previsão dos Direitos e Garantias Fundamentais tem como consequência a existência de um direito fundamental ao procedimento eficaz de concretização dos Direitos Fundamentais materiais.

Posteriormente analisou-se alguns dos instrumentos previstos na própria Constituição brasileira de 1988 que visam a dar efetividade aos Direitos Fundamentais: a declaração de aplicabilidade imediata, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Apesar de caminhar-se para uma crescente efetivação dos Direitos Fundamentais, como analisou-se nos julgados trazidos ao trabalho, ainda encontra-se um déficit procedimental no Direito Brasileiro. Diante da inexpressão do Poder Público na garantia e efetivação dos Direitos ditos fundamentais cabe aos atores sociais a busca pela tutela jurisdicional na concretização destes.

6. Referências

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Título original: Theorie der grundrechte.
- AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; ALMEIDA, Angela. **Direito ao Procedimento e/ou Direito ao Processo para a Defesa do Meio Ambiente**. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, [S.l.], p. 271-289, dez. 2011. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n63p271>>. Acesso em: 20 Jan. 2015.

- BACHA, Sérgio Reginaldo. **Mandado de Injunção**. Estudos e considerações. Minas Gerais: Del Rey, 1998.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed, São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993
- MATOS, Marilene Carneiro. **Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade imediata**. E-legis. n.8. p.66-81. 1º semestre de 2012.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC**. in Revista de Informação Legislativa. Brasília ano 48. N. 190 abr/jun. 2011. p.289-302
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Jurídica Virtual, v.2, n.14, jul. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/capa.htm. Acesso em: 18/05/2015.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania- Por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Método, 2004. p. 600.
- OLIVEIRA NETO, Francisco José de. **Estrita legalidade e atividade jurisdicional**. Itajaí: UNIVALI, 2012.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SILVA, José Afonso da. Mandado de Injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Mandado de Segurança e de Injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.