



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
CRISTINE ROCHA RODRIGUES

O MANDADO DE INJUNÇÃO E OS EFEITOS DA SUA CONCESSÃO

Tubarão
2008

CRISTINE ROCHA RODRIGUES

O MANDADO DE INJUNÇÃO E OS EFEITOS DA SUA CONCESSÃO

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Wilson Demo, Esp.

Tubarão

2008

CRISTINE ROCHA RODRIGUES

O MANDADO DE INJUNÇÃO E OS EFEITOS DA SUA CONCESSÃO

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 23 de junho de 2008.

Professor e orientador Wilson Demo, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Fábio Borges, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Jean Marcel Roussenq, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Aos meus pais, Nivaldo e Izilda, pelo incentivo ao estudo, e ao meu futuro esposo, Antônio, pelo amor, carinho e paciência incondicionalmente oferecidos no decorrer da elaboração deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, sobretudo, a Deus, por ter me sustentado com saúde, renovando minhas forças a cada manhã.

Aos meus pais, por todo o incentivo que possibilitou a minha realização pessoal de graduar-me em Direito.

Ao meu orientador e professor Wilson Demo, pela disposição e conhecimentos ministrados durante a elaboração deste trabalho.

Aos meus colegas de classe, que dentro desses cinco anos e meio de curso tornaram-se verdadeiros amigos, colaboradores na construção de meu ensino.

A todos os profissionais de Direito com quem trabalhei, desde a advocacia, Ministério Público e Magistratura, que corroboraram na minha formação acadêmica.

Ao meu namorado, pelo carinho e compreensão dedicados na elaboração deste trabalho monográfico.

Enfim, a todos aqueles que de maneira direta ou indireta contribuíram para a realização deste trabalho.

“Não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado.” (MAURICE HAURIOU).

RESUMO

A eficácia da sentença no mandado de injunção como instrumento de controle de constitucionalidade das normas representa um dos temas mais polêmicos que permeiam o mundo jurídico. Isto se deve ao fato do conflito existente entre princípios e garantias constitucionais, mormente o da separação dos poderes e do Estado Democrático de Direito, que, até recentemente, obstaram a uma decisão efetiva prolatada pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, o presente trabalho oferece uma análise crítica da posição da Corte Suprema frente ao instituto do mandado de injunção. Para esta monografia, necessário se fez o estudo do constitucionalismo e do direito constitucional, a fim de compreender a profundidade do valor normativo das disposições constitucionais, bem como do controle de constitucionalidade das normas, para, ao final, expor acerca do mandado de injunção e os efeitos de sua decisão. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, com o exame de diversas doutrinas que tratam do assunto, artigos, inclusive por meio eletrônico, além de breve análise jurisprudencial. Constatou-se, todavia, uma interpretação inadequada por parte do Supremo Tribunal Federal, que fere gravemente os direitos e garantias constitucionais vigentes. Por fim, concluiu-se que é perfeitamente possível estabelecer uma solução sem violar diretamente a separação dos poderes, e dando a devida prestação jurisdicional, garantida pela nossa Carta Magna.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Mandado de Injunção. Eficácia da Decisão.

ABSTRACT

The efficiency of the injunction's order as a constitution's control instrument of the rules represents one of the most polemics themes that surround the legal world. This happens due to the existent conflict among values and constitutions' guarantees, mainly the one that deals with the power division and of the Law's Democratic State, that, until recently prevented to a lasting effective decision by the Federal Supreme Tribunal. Thus, this research offers a critical analysis of the Supreme Court's position towards the institute of the injunction's order. To do so, a constitutionalism's and law constitution's study was necessary, in order to understand the depth of the normative value of constitutional's dispositions, as well as the rule's control, to, in the end, expose about the injunction's order and its effect in the verdict. A bibliographic research was used, with the analyses of various doctrines that surround the subject, reports, including through internet besides brief jurisprudential analyses. It was stated, meanwhile, a mistaken interpretation by the Federal Supreme Tribunal, that injures the existent rights and guarantees. Finally, it concluded that it is perfectly possible to establish a solution without violating directly the power division and giving the jurisdictional render guaranteed by our Magna Carta.

Key-words: Constitutional right. Injunction Order. Verdict Efficiency.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O CONSTITUCIONALISMO E O DIREITO CONSTITUCIONAL	12
2.1	CONCEITOS.....	12
2.2	ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO E DO DIREITO CONSTITUCIONAL.....	14
2.3	O PODER CONSTITUINTE E A CONSTITUIÇÃO.....	17
2.3.1	Conceito de Poder Constituinte.....	17
2.3.2	Espécies de Poder Constituinte.....	18
2.3.3	Conceitos de Constituição.....	20
2.3.4	Classificação das Constituições.....	21
2.4	A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.....	23
2.5	EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	24
2.6	INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	25
2.6.1	Interpretação conforme a Constituição.....	27
3	O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS	30
3.1	CONCEITO E PRESSUPOSTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS.....	30
3.2	ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	32
3.3	SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	33
3.3.1	Controle por um órgão político.....	33
3.3.2	Controle por um órgão misto.....	34
3.3.3	Controle por um órgão jurisdicional.....	35
3.4	MOMENTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	35
3.4.1	Controle prévio ou preventivo.....	36
3.4.2	Controle posterior ou repressivo.....	37
3.4.2.1	Controle difuso.....	38
3.4.2.2	Controle concentrado.....	39
3.4.2.2.1	<i>Ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão</i>	41
4	O MANDADO DE INJUNÇÃO E OS EFEITOS DA SUA CONCESSÃO	44
4.1	CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	45
4.1.1	Análise dos princípios constitucionais: o princípio da separação dos poderes e o	

princípio do estado democrático de direito	45
4.1.2 Distinção entre direitos e garantias constitucionais	48
4.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MANDADO DE INJUNÇÃO.....	50
4.2.1 Trajetória do mandado de injunção na assembléia constituinte de 1988.....	53
4.3 ASPECTOS TÉCNICOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO.....	55
4.3.1 Conceito	55
4.3.2 Objeto	55
4.3.3 Requisitos	56
4.3.4 Legitimidade	56
4.3.5 Procedimento	57
4.3.6 Competência	58
4.4 EFEITOS DA CONCESSÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO.....	58
5 CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil abarca diversos princípios que fazem deste Estado um Estado Democrático de Direito.

Entretanto, dos *writs*¹ constitucionais previstos, o mandado de injunção é o que se mostra o menos eficaz, uma garantia que, levada ao caso concreto, não é capaz de dar a sua devida prestação jurídica.

Isto se deve ao conflito entre dois dispositivos constitucionais, sendo o primeiro a separação dos três poderes, previsto no artigo 2º da Carta Magna, o qual dispõe que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”², e a garantia estabelecida no artigo 5º, inciso XXXV, do mesmo diploma legal, prevendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”³

Esta apreciação não se dá apenas no direito subjetivo de ação, mas o de obter uma prestação jurisdicional condizente com o que se pleiteia, ou seja, uma sentença. E quando esta sentença não reflete nenhuma eficácia ao direito invocado, estar-se-á fazendo de uma garantia constitucional prevista uma norma inócua, sem utilização.

É o que ocorre com o mandado de injunção, o qual se preza a ser impetrado “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”⁴ (artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal).

O fato do exercício de direitos e liberdades depender de norma regulamentadora reflete o compromisso ao Poder Legislativo que, sendo omissor, levaria tal garantia, em tese, ao Poder Judiciário. Diz-se “em tese” justamente porque a tripartição dos poderes considerava-se absoluto e, não podendo o Poder Judiciário “legislar”, estaria inviabilizando a garantia que o mandado de injunção oferece.

Por muito tempo estabeleceu-se sua eficácia em um “nada” jurídico, entretanto, há

¹ Vocábulo cuja origem vem do verbo inglês *to writ*, significando “escrito” na linguagem comum. A pesquisa histórica indica que as garantias requeridas na Inglaterra eram asseguradas pela expedição de uma carta real; isto explica porque, para o mundo jurídico, passou a significar *ordem*, no sentido de determinação de autoridade (imposição, proibição etc.). É uma ação de garantia sumária de direitos.

² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3.

³ Ibid., p. 9.

⁴ Ibid., p. 12.

pouco, discute-se a elevação do *writ*⁵ de competência do Poder Legislativo ao Judiciário, a fim de dar sentido a esta tão importante garantia.

Embora ainda não seja unânime, correntes doutrinárias e algumas posições de Ministros do Supremo Tribunal Federal levam a crer que a separação dos três poderes não deve ser entendida por absoluta, de modo que isto prejudique um direito previsto na Constituição, mas sim, como já também previsto em norma, de modo harmônico, fazendo com que a balança desses poderes (sistema de freios e contrapesos) funcione com o devido intuito de quando criado.

Enfim, esta pesquisa baseia-se no estudo de princípios que deram origem ao mandado de injunção, desde os primórdios do constitucionalismo até a decisão do referido mandado, a fim de melhor compreender o que traduz esta garantia prevista na Carta Magna, além de expor as diversas visões sobre os efeitos da sua concessão, que permitem discutir a efetividade daquela garantia.

Justifica-se, portanto, na apresentação de uma nova visão da efetividade do mandado de injunção, que após aproximadamente vinte anos da promulgação da Constituição Federal abre os caminhos à tão sonhada “harmonia” entre os três poderes que regem o Brasil.

Para a elaboração do presente trabalho monográfico utilizou-se de pesquisa predominantemente bibliográfica, direcionada ao entendimento de diversos autores sobre o tema, com remota citação jurisprudencial.

Dividiu-se esta monografia em cinco capítulos, cujo conteúdo proeminente extrai-se dos segundo, terceiro e quarto capítulos.

O segundo compreenderá o estudo do constitucionalismo e do direito constitucional, de modo a perfectibilizar o conhecimento da profundidade que tem uma Constituição e as normas constitucionais dentro de um ordenamento jurídico.

No terceiro, abordar-se-á o controle de constitucionalidade das normas, a fim de relacionar o instituto do mandado de injunção à sua função controladora, em que pese não seja instrumento específico para tanto, porém de grande valia à compreensão do referido *mandamus*.

No quarto capítulo, discorrer-se-á acerca do mandado de injunção propriamente dito, e dos conflitos que o permeiam quando da prolação de sua decisão, tomando-se uma posição condizente com toda a estrutura constitucional que dispomos, concluindo-se, por fim, o trabalho no quinto e último capítulo.

⁵ Vide nota p. 10.

2 O CONSTITUCIONALISMO E O DIREITO CONSTITUCIONAL

O estudo desses fenômenos é essencial ao presente trabalho monográfico para melhor compreender a abrangência e a importância do mandado de injunção, uma vez que o referido instituto está previsto na Constituição Federal vigente em nosso Estado.

Primeiramente, abordar-se-ão seus conceitos, origem histórica, bem como o estudo do Poder Constituinte e da Constituição. Após, e com maior relevância ao presente estudo, far-se-á uma análise da supremacia constitucional como âncora à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, além de sua respectiva interpretação.

2.1 CONCEITOS

O constitucionalismo, fenômeno histórico e cultural, vem trazer a idéia de que todo Estado deva possuir uma Constituição, nesta inseridas regras de limitação ao seu poder autoritário, bem como de prevalência aos direitos fundamentais.

Canotilho prefere definir este fenômeno como uma “[...] teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.”⁶

Nos dizeres de Carvalho, o constitucionalismo pode ser visualizado sob duas perspectivas, uma jurídica e outra sociológica, sendo que

[...] em termos jurídicos, reporta-se a um sistema normativo, enfeixado na Constituição, e que se encontra acima dos detentores do poder; sociologicamente, representa um movimento social que dá sustentação à limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado.⁷

Ainda, vislumbra Tavares o conceito de constitucionalismo sob quatro sentidos:

[...] numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira acepção possível,

⁶ CANOTILHO apud LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Método, 2007, p. 38.

⁷ CARVALHO apud LENZA, 2007, p.39.

para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.⁸

Bonavides ressalta também que

O sistema constitucional surge pois como expressão elástica e flexível, que nos permite perceber o sentido tomado pela Constituição em face da ambiência social, que ela reflete, e a cujos influxos está sujeita, numa escala de dependência cada vez mais avultante. A terminologia *sistema constitucional* não é, assim, gratuita, pois induz a globalidade de forças e formas políticas a que uma Constituição necessariamente se acha presa.⁹

Tais conceitos refletem apenas diferentes aspectos de óptica, porém, não divergentes entre si no tocante à matéria do constitucionalismo propriamente dito, motivo pelo qual todos são válidos.

Já o Direito Constitucional diferencia-se do constitucionalismo justamente por pertencer a um ramo do direito, este definido por ser uma ordenação normativa proveniente de um fenômeno histórico cultural, cujo sistema subdivide-se em diversos ramos. No caso, conforme bem conceitua Silva, o Direito Constitucional pertence ao “ramo de Direito Público que expõe, interpreta e sistematiza os princípios e normas fundamentais do Estado.”¹⁰

Nos dizeres de Miranda, o Direito Constitucional também pode ser definido como

A parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado, enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recordam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza.¹¹

Entendendo que “o Direito Constitucional tem como objeto de estudo o conjunto de normas que fixam os princípios básicos, a estrutura mínima de todos os demais ramos do direito¹²”, salutar se faz a menção de seu conteúdo científico, para o qual se utilizará a classificação doutrinária de Silva, visualizada sob três aspectos, quais sejam: Direito Constitucional Positivo ou Particular; Direito Constitucional Comparado e Direito

⁸ TAVARES apud LENZA, 2007, p.38.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 95.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 34.

¹¹ MIRANDA apud MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1.

¹² MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 12.

Constitucional Geral.

O Direito Constitucional Positivo ou Particular

é o que tem por objeto o estudo dos princípios e normas de uma constituição concreta, de um Estado determinado; compreende a interpretação, sistematização e crítica das normas jurídico-constitucionais desse Estado, tal como configuradas na Constituição vigente, nos seus legados históricos e sua conexão com a realidade sócio-cultural existente.¹³

Já o Direito Constitucional Comparado

é um método, mais que uma ciência especial, que consiste em cotejar instituições políticas e jurídicas para, através do cotejo, extrair a evidência de semelhança entre elas. Mas essa evidência, por si só, não é, ainda, uma conclusão científica. A conclusão está um passo mais além. Está na relação que se estabelece em função da comparação; na afirmação de um tipo genérico de órgão ou de função, cuja existência pode ser assegurada pela observação de várias semelhanças nos sistemas comparativos, e assim por diante. Na medida em que o método comparativo permite a formulação de leis ou relações gerais e a verificação de estruturas governamentais semelhantes, ele concorre para as conclusões do chamado Direito Constitucional Geral e, indubitavelmente, para o aprimoramento do Direito Constitucional interno, ou particular.¹⁴

E o Direito Constitucional Geral

é aquela disciplina que delinea uma série de princípios, de conceitos e de instituições que se acham em vários direitos positivos ou em grupos deles para classificá-los e sistematizá-los numa visão unitária. [...] Constituem objeto do Direito Constitucional Geral: o próprio conceito de Direito Constitucional, seu objeto genérico, seu conteúdo, suas relações com outras disciplinas, suas fontes, a evolução do constitucionalismo, as categorias gerais do Direito Constitucional, a teoria da constituição (conceito, classificação, tipos, formação, mudanças, extinção, defesa, natureza de suas formas, estrutura normativa etc.), hermenêutica, interpretação e aplicação das normas constitucionais, a teoria do poder constituinte etc.¹⁵

Portanto, analisados os conceitos determinantes do constitucionalismo e do Direito Constitucional, passa-se à análise da origem e evolução histórica de ambos os fenômenos.

2.2 A ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO E DO DIREITO CONSTITUCIONAL

¹³ SILVA, 2004, p. 35.

¹⁴ SILVA, loc. cit.

¹⁵ SILVA, 2004, p. 36.

A Constituição Política, como norma material e formalmente regulamentadora da sociedade, é uma instituição recente, formalizada aproximadamente nos séculos XVII e XVIII.

Porém, na Antiguidade clássica, dentro de um Estado Teocrático, as limitações ao poder político podem ser visualizadas, por exemplo, no caso dos hebreus, com a Bíblia, ou ainda os gregos, nas cidades-estado, ainda que esta não fosse escrita.

Na Idade Média, o marco do constitucionalismo deu-se com a Magna Carta de 1215, pois esta já estabelecera, ainda que informalmente, importantes proteções aos direitos individuais.

Entretanto, o fenômeno chamado de constitucionalismo dá seus primeiros sinais nos documentos da Revolução Inglesa (*Bill of Rights*), em 1689, porém, torna-se efetiva e com maior ênfase no período em que podemos chamar de transição do Antigo Regime para a Modernidade, com a Revolução Norte-Americana e Francesa.

Os estados burgueses, ao encontro com os ideais iluministas (igualdade, liberdade e fraternidade), contrariados ao estado absolutista em que imperava os monarcas juntamente com a Igreja, buscaram legitimar seu poder não mais justificado em Deus, mas agora através de um instrumento público e escrito, de modo a reconhecer a nova sociedade emergente (pré-capitalismo).

Advieram com o movimento aludido as noções de separação dos poderes, representação política e democrática, bem como as dicotomias amplamente reconhecidas, como direito público e privado, Estado e sociedade, dentre outras.

O constitucionalismo moderno traz como norma definidora a afirmação da liberdade do indivíduo como critério essencial à organização do Estado, dando ao cidadão condições básicas de vida social, protegendo-o da arbitrariedade estatal.

Tais garantias vêm expressas no texto constitucional Norte-Americano, em 1787, após a independência das treze colônias, e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, publicada em 1789, na França, e constitucionalizada neste país em 1791.

Como bem salientou Quaresma:

O sistema constitucional, portanto, emergiu no bojo da crise de legitimidade do Estado absolutista pré-capitalista. A modernidade liberal burguesa adota o meio urbano de vida, o racionalismo iluminista e o mercado como fórmula para explicar a lógica dos novos detentores do poder. Um novo padrão institucional é forjado racionalmente, baseado na liberdade assegurada pelas leis e na igualdade abstraída no mercado. Modificam-se os valores para relacionar o homem com as normas, desde sempre existentes, mas necessitando relegitimar-se. A lei, constitucionalmente estabelecida, vem formalizar e instrumentalizar o controle do Poder Estatal,

solidificando-o como Estado de Direito capitalista.¹⁶

Desta forma, a liberdade apregoada ao indivíduo surge numa comunidade politicamente organizada, ensejando nas normas objetos de estudo do Direito Constitucional.

Tais normas traduzem-se em mandamentos concretos, cujo não-cumprimento é suscetível de sanção, determinada por um órgão jurisdicional.

Entretanto, originalmente, as normas constitucionais não tinham o poder de obrigar os cidadãos ao seu cumprimento, antes, refletiam-se em proclamações ideológicas, juntamente com os Tribunais que dificilmente exerciam controle sobre as mesmas.

A efetividade das normas constitucionais dependia do acatamento voluntário e espontâneo por parte dos setores políticos, o que, de início, pode não ter tido grandes influências, mas que, por volta do século XX, grandes mudanças geraram na sociedade.

Com o Direito Constitucional, mais precisamente a origem desta expressão, consagrada há cerca de um século, baseia-se em determinados princípios ideológicos na organização de um Estado moderno. Tais princípios são provenientes da Revolução Francesa, que inspiraram a criação do chamado Estado liberal, Estado de Direito ou Estado constitucional.

Em definitivo, diz-se que a institucionalização do direito constitucional deu-se por volta de 1830, na França, sob a monarquia liberal, ao que tudo indica, de Luíz Felipe.

Como bem explanou Bonavides

Assim como o Direito Privado ganhara com a Revolução o Código de Napoleão, o Direito Público, graças a Guizot¹⁷, ganhara com a Constituição aquele que, de futuro, seria o mais importante ramo da Ciência Jurídica: o Direito Constitucional, de características doutrinárias definidas. Um Direito Constitucional que aspirava dar ao Estado as bases permanentes de sua organização, segundo as correntes do pensamento jurídico, individualista e liberal, tomado então por definitivo, absoluto, eterno, imutável.¹⁸

Por conta desta origem, sustentou-se muito tempo, precisamente na primeira metade do século XIX, que o Direito Constitucional e a Constituição eram distintas, do ponto de vista doutrinário.

Após, passou-se a concepção de que o Direito Constitucional era o direito da Constituição, referente a determinado texto que regesse de forma representativa uma

¹⁶ QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 6.

¹⁷ Guizot foi Ministro da Instrução Pública, que determinou em 1834, na Faculdade de Direito de Paris, a instalação da primeira cadeira de Direito Constitucional.

¹⁸ BONAVIDES, 2004, p. 38.

sociedade, sob inspiração liberalista.

Passada a crise das constituições, na qual a idéia de constitucionalismo jurídico e político vêm refletida na queda de um sistema de valores individualistas, o Direito Constitucional finalmente alcança o grau de autêntica Ciência Jurídica, concluindo-se, portanto, ser o Direito Constitucional um conjunto de normas e instituições básicas de toda e qualquer modalidade de ordenamento político que venham a governar uma coletividade humana.

Para melhor entender a perspectiva do Direito Constitucional, salutar se faz o estudo do Poder Constituinte, sua origem e classificações, bem como a Constituição propriamente dita.

2.3 O PODER CONSTITUINTE E A CONSTITUIÇÃO

As normas de Direito Constitucional descrevem o Estado como a forma de organização política de uma sociedade, constituído de território habitado por certa população, de soberania e ordenamento jurídico próprio.

Não cabe a este trabalho, entretanto, discutir a Teoria do Estado, mas apenas citá-lo para melhor entendimento do Poder Constituinte e da concepção da Constituição. Importa, sim, analisá-lo concomitantemente com o Direito Constitucional, definindo-o como pressuposto à instituição de um ordenamento jurídico constituído.

Sabe-se que um ordenamento jurídico é formado por normas jurídicas inter-relacionadas, e o sistema, em seu conjunto, determina a posição e o significado de cada um de seus elementos. Toda organização supõe normas coordenadas que torna possível sua própria existência e funcionamento, e o ordenamento estatal não é diferente quando apresenta características próprias, derivadas da mesma concepção do Estado como organização soberana.

Para melhor análise deste tão importante tema, esta seção subdividir-se-á em tópicos diferenciados, no caso, conceito de Poder Constituinte, suas espécies, bem como se analisará o conceito de Constituição e sua classificação doutrinária.

2.3.1 Conceito de Poder Constituinte

Um ordenamento estatal, conforme visto anteriormente, se caracteriza também por ser originário, uma vez que não necessita ou sequer depende de qualquer outro ordenamento alheio para se constituir.

Isto leva ao conceito do que chamamos de Poder Constituinte, o qual se denomina por ser “a expressão máxima da soberania nacional se concebido como elemento fundamental para criação do Estado.”¹⁹

Ainda, Mota e Spitzcovsky lecionam que o “Poder Constituinte pode ser definido como o poder de elaborar ou reformar uma Constituição.”²⁰

Mais além, Temer define o Poder Constituinte como sendo “a manifestação soberana de vontade de um ou alguns indivíduos capaz de fazer nascer um núcleo social.”²¹

A titularidade do Poder Constituinte liga-se à idéia de soberania do Estado, uma vez que através do exercício do poder constituinte originário se estabelecerá a organização fundamental pela Constituição, superior aos poderes constituídos, de modo que toda manifestação dos poderes somente alcança plena validade caso se sujeite à Carta Magna.

Atualmente, predomina a concepção de que o titular do Poder Constituinte é o povo, através de seus representantes, já que o Estado decorre da soberania popular, lembrando que a titularidade não é o mesmo que exercício, sendo este determinado pelos ditos ou dito representante popular, criando o Estado e editando a Constituição.

2.3.2 Espécies de Poder Constituinte

Vários autores apresentam classificações diversas no tocante ao Poder Constituinte, porém, este trabalho monográfico vai se ater apenas ao intitulado por Moraes.

Segundo Moraes, o Poder Constituinte pode ser classificado de duas formas: originário e derivado.

O Poder Constituinte originário estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Tanto haverá Poder Constituinte no surgimento de uma primeira Constituição, quanto na elaboração de qualquer Constituição posterior. A idéia da existência de um Poder Constituinte é suporte lógico de uma Constituição superior ao restante do ordenamento jurídico e que, em regra, não poderá ser modificada

¹⁹ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 57.

²⁰ MOTA; SPITZCOVSKY, 1999, p. 12.

²¹ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 29.

pelos poderes constituídos, com eles não se confundindo.²²

Extrai-se, portanto, do Poder Originário que o Estado, mediante uso de sua soberania, institui uma Constituição sem estar sujeito a qualquer outra pré-formulada na sua formação, ou seja, seria o primeiro ato a levar um ordenamento jurídico a ser constituído através de um instrumento público, formal e escrito, independente de qualquer norma pré-existente.

Já o Poder Constituinte Derivado

está inserido na própria Constituição, pois decorre de uma regra jurídica de autenticidade constitucional, portanto, conhece limitações constitucionais expressas e implícitas e é passível de controle de constitucionalidade. Apresenta características de derivado, subordinado e condicionado. É derivado porque retira sua força do Poder Constituinte originário; subordinado porque se encontra limitado pelas normas expressas e implícitas do texto constitucional, às quais não poderá contrariar, sob pena de inconstitucionalidade; e, por fim, condicionado porque seu exercício deve seguir as regras previamente estabelecidas no texto da Constituição Federal.²³

Seria o exercício do Estado em editar uma norma, porém, com respaldo em outra pré-existente. É um Poder instituído pelo Originário, porém, limitado. Há três classificações a respeito: o Poder Constituinte Derivado Decorrente, o Poder Constituinte Derivado Revisor e o Poder Constituinte Derivado Reformador.

Colhe-se do Derivado Decorrente o poder de decidir no âmbito do território estatal, como por exemplo, a autonomia dos estados federados em instituir sua própria Constituição. Esta Constituição Estadual se originará através do Poder Constituinte delegado pela Constituição Federal, porém, deve-se limitar aos preceitos estabelecidos na norma maior.

Já o Poder Constituinte Derivado Revisor estabeleceu-se, como o próprio nome diz, para revisar a Constituição Federal, a fim de detectar certos pontos carentes de reforma.

O Reformador, por sua vez, é aquele destinado a reformar os dispositivos constitucionais através de emenda constitucional.

Salienta-se que todas as classificações do Poder Derivado restringem-se ao estabelecido pelo Poder Originário, não podendo ir de encontro às normas por este previstas.

Ainda, o Poder pode ser exercido sob duas formas: outorgada e promulgada. A primeira se caracteriza por ser uma decisão soberana imposta dentro do âmbito estatal, através de autoridade suprema do Estado, sem consulta prévia à população ou a quem a represente. A promulgada nasce de uma vontade geral do povo, geralmente através de um órgão

²² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo. Atlas, 2005. p.22.

²³ *Ibid.*, p.24.

constituidor, com membros eleitos para representar os interesses de toda uma população civil, de modo a formalizar a ideologia da nação no instrumento a ser editado.

Ao entender o Poder Constituinte, e após analisar suas perspectivas, pode-se partir, então, à Constituição propriamente dita.

2.3.3 Conceito de Constituição

Muitos doutrinadores divergem no conceito de Constituição, em determinados detalhes. Porém, é unânime o entendimento de que a idéia de Constituição se funda nos princípios básicos “constituidores” do Estado e da sociedade que o elege, estabelecendo suas relações sócio-políticas e econômicas.

Segundo Mota e Spitzcovsky, a Constituição pode ser conceituada sob duas formas: formal e material.

Na concepção formal,

considera-se Constituição o conjunto de normas escritas, produzidas por um processo diferenciado daquele seguido para a elaboração das demais regras jurídicas, fruto do exercício de um poder soberano e que serve de fundamento de validade para todo o ordenamento jurídico. [...] o que se privilegia não é o conteúdo mas a maneira, o procedimento de aprovação dos artigos que a integram.²⁴

Na material,

considera-se Constituição o conjunto de normas estruturais de uma dada sociedade política. [...] sendo a ênfase dada para o conteúdo da norma e não mais para a forma que a reveste, nem todas as normas integrantes do texto formal seriam, necessariamente, consideradas constitucionais.²⁵

Em que pese haver variações conceituais, utilizar-se-á para o presente trabalho o instituído por Silva, o qual, sumulando o que muito se dita a respeito, bem estipula o conceito de Constituição, senão vejamos:

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma de estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do Poder, o estabelecimento de seus próprios órgãos e os limites de sua atuação. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que

²⁴ MOTA; SPITZCOVSKY, 1999, p. 15.

²⁵ MOTA; SPITZCOVSKY, loc. cit.

organiza os elementos constitutivos do Estado.²⁶

Desta forma, conclui-se a idéia de Constituição como conjunto de normas superior às demais vigentes na sociedade, regulamentador dos elementos constitutivos da organização estatal.

2.3.4 Classificação das Constituições

A classificação das constituições também ganha posições diferentes na doutrina. Entretanto, para o presente trabalho monográfico, utilizar-se-á o quadro sistemático apresentado por Silva, no qual dispõe que a constituição pode ser classificada nos seguintes módulos: quanto ao conteúdo; quanto à forma; ao modo de elaboração; à origem; à estabilidade.

Uma constituição classificada segundo seu conteúdo pode ser disposta de duas maneiras: formal e material, sendo esta concebida sob sentido amplo e estrito.

No primeiro, identifica-se com a organização total do Estado, com regime político. No segundo, designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não em documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, da organização de seus órgãos e os direitos fundamentais.²⁷

A concepção material trata de normas essencialmente constitucionais. Qualquer outra norma que em sua essência não regulamenta tais poderes não são constitucionais, porém podem fazer parte da norma maior sem assim o serem na sua matéria

A constituição formal se caracteriza pela instituição de um documento público solene, sob forma escrita, estabelecido pelo Poder Constituinte com processo modificador de suas normas estritamente nela estabelecido, regulamentando o modo de existir do Estado.

A classificação segundo a forma subdivide-se em dois tipos: a escrita e a não-escrita.

Considera-se escrita a constituição, quando codificada e sistematizada num texto único, elaborado reflexivamente e de um jato por um órgão constituinte, encerrando todas as normas tidas como fundamentais sobre a estrutura do Estado, a organização dos poderes constituídos, seu modo de exercício e limites de atuação, os direitos fundamentais (políticos, individuais, coletivos, econômicos e sociais). Não escrita,

²⁶ SILVA, 2004, p. 37-38.

²⁷ Ibid., p. 40.

ao contrário, é a constituição cujas normas não constam de um documento único e solene, mas se baseie principalmente nos costumes, na jurisprudência e em convenções e em textos constitucionais esparsos, como é a Constituição inglesa.²⁸

Ao modo de elaboração, pode-se afirmar que a constituição é dogmática ou histórica. A dogmática caracteriza-se por ser uma constituição previamente instituída segundo os direitos vigentes dentro de uma sociedade, estabelecidos num único documento, codificada toda norma essencialmente constitucional, sendo sempre escrita. Já a histórica se reflete na forma costumeira, uma vez que advém de longo processo histórico, baseando-se em costumes e jurisprudência, não sendo escritas.

A origem das constituições é estabelecida sob duas formas: popular (democrática) ou outorgada. Classificam-se em constituições populares aquelas originadas através de um órgão constituidor, composto por representantes da sociedade, a fim de estabelecer a vontade do povo através do mandato que lhes foi outorgado. A outorgada, por sua vez, é estabelecida mediante vontade única de um soberano, sem participação popular, o qual impõe à sociedade normas que lhe convém serem exigidas no território dominado.

Por fim, quanto à estabilidade, classificam-se as constituições de três modos: rígidas, flexíveis e semi-rígidas. Diz-se rígidas aquelas cuja alteração se dá somente mediante um grau de dificuldade maior que as processadas nas leis ordinárias ou complementares. A flexível, entretanto, é justamente o oposto, pois sua alteração tem fácil processamento, podendo livremente ser modificada pelo legislador através do mesmo processo utilizado para leis hierarquicamente menores. A semi-rígida é um misto dos dois sistemas vistos acima, pois parte de seu texto é rígido, e parte flexível.

Salutar se faz discorrer acerca desta última classificação analisada acima, uma vez que de grande relevância ao objeto central do presente trabalho.

Sobre a rigidez, é importante lembrar que uma Constituição jamais poderá ser imutável, pois esta representa os interesses de uma sociedade, e a história desta está em constante mudança, devendo o direito estabelecido na Carta Maior acompanhar a evolução social. Entretanto, ao mesmo tempo em que a Constituição deve se atualizar à realidade social, deve-se ter o mínimo de garantia de que o direito não será, de uma hora para outra, modificado. Isto reflete justamente a idéia de rigidez em uma Constituição, podendo sim haver alterações, mas de modo limitado para que não se caia numa “inconstante de direito”.

Ante todas as modalidades expostas, pode-se classificar a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, vigente no nosso Estado, em uma Constituição

²⁸ SILVA, 2004, p. 41.

formalmente estabelecida, escrita, dogmática, popular, e rígida. Isto porque fora promulgada através de Assembléia Nacional Constituinte (órgão constituidor), com representantes eleitos pelo povo para representar seus interesses, constituída sob documento escrito e solene, cujas alterações ficam por conta de processos extremamente dificultosos, diferentemente das leis inferiores hierarquicamente.

Corroborando o disposto acima, passa-se a análise da supremacia constitucional, extreme ao estudo que se apresenta.

2.4 A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Relatados o histórico do constitucionalismo, bem como a classificação geral das constituições, pode-se extrair o princípio da supremacia constitucional segundo a rigidez em que se firma a Constituição.

Nas palavras de Silva:

Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.²⁹

Ainda, Ferreira assim descreve:

O princípio da supremacia constitucional é reputado como uma pedra angular, em que se assenta o edifício do moderno Direito Político. De feito, as regras constitucionais são dotadas de uma superioridade profunda com relação às demais normas jurídicas. Essa hierarquia se justifica, a fim de se melhor manter a estabilidade social do grupo, estabelecendo-se um sistema de preceitos básicos a que se submete a conduta coletiva. [...] A supremacia política e jurídica da Constituição se reflete de duas maneiras diferentes: na supralegalidade das suas regras e na imutabilidade relativa dos seus preceitos, assim dotados de uma superioridade objetiva e concreta na própria vida social.³⁰

Portanto, dizer que uma Constituição é suprema é dizer que, diante de todo um ordenamento jurídico disposto em certa sociedade, a Constituição se coloca acima de toda e qualquer norma, ao mesmo tempo em que todas essas normas existentes não poderão ir de

²⁹ SILVA, 2004, p. 45

³⁰ FERREIRA apud QUARESMA, 1999, p. 10.

encontro ao estabelecido na Constituição.

Esta supremacia, segundo a nobre doutrina, pode ser formal ou material. A supremacia material significa dizer que as normas constitucionais são superiores às demais normas na sua essência, podendo estar, inclusive, entre as constituições costumeiras. Na supremacia formal prevê-se que a Constituição será o ordenamento maior a ser respeitado, dentro de uma sociedade, em documento único e solene, sob o qual todas as demais normas devem se respaldar.

2.5 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Para melhor compreender o instituto do mandado de injunção, importante se faz o estudo das normas constitucionais, uma vez que sobre estas incide o ajuizamento do competente mandado.

Para isto, bem ilustrou Silva, ao classificar as normas em normas de eficácia plena, contida ou limitada.

As normas de eficácia plena são

aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular (por exemplo, os remédios constitucionais).³¹

Já as normas de eficácia contida são aquelas

que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos e conceitos gerais nelas enunciados³²(por exemplo: artigo 5º, XII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.³²

Ainda, e por fim, as normas 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 (por exemplo: CF, artigo 37, VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica).³³

³¹ SILVA apud MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo, Atlas, 2007, p. 7.

³² SILVA apud MORAES, loc. cit.

³³ SILVA apud MORAES, loc. cit.

Esta última é dividida em normas de princípio institutivo e normas de princípio programático. As primeiras seriam as que dependem de lei para dar corpo a instituições, pessoas, órgãos, previstos na norma constitucional. Já as últimas são as que estabelecem um programa constitucional a ser desenvolvido mediante legislação integrativa da vontade constituinte.³⁴

Para o presente trabalho monográfico, utilizar-se-á o conceito de normas de eficácia limitada, de princípio institutivo, uma vez que sobre estas incide o mandado de injunção, como melhor se analisará adiante.

2.6 INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Sabe-se que as normas constitucionais podem entrar em conflito, apesar de igualmente estabelecidas hierarquicamente. Para isso, desenvolveram-se determinadas técnicas de interpretação, a fim de que todas as normas constitucionais tenham aplicabilidade ao caso concreto.

Ráo bem define:

A hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação; por meio de regras e processos especiais procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam.³⁵

A hermenêutica jurídica é de fundamental importância para o presente trabalho monográfico, uma vez que sua problemática baseia-se precipuamente num conflito entre princípio e garantia fundamental.

Corroborando ao citado anteriormente, Horta analisa a precedência no tocante à interpretação dos Princípios Fundamentais e da enunciação dos Direitos e Garantias Fundamentais, apontando que

é evidente que essa colocação não envolve o estabelecimento de hierarquia entre as normas constitucionais, de modo a classificá-la em normas superiores e normas secundárias. Todas são normas fundamentais. A precedência serve à interpretação da

³⁴ SILVA apud TEMER, 2002, p. 25.

³⁵ RÁO apud MORAES, 2007, p. 9-10.

Constituição, para extrair dessa nova disposição formal a impregnação valorativa dos Princípios Fundamentais, sempre que eles forem confrontados com atos do legislador, do administrador e do julgador.³⁶

Toda a eficácia e aplicabilidade da sentença no mandado de injunção é barrada por interpretações equivocadas do conflito entre normas constitucionais. O princípio da separação dos poderes elencado no artigo 2º³⁷ da Carta Magna tem sido óbice à garantia do acesso à Justiça permeada através do mandado de injunção, estabelecidos estes dois no artigo 5º³⁸ do mesmo diploma legal.

São princípios e garantias fundamentais que possuem idênticos valores normativos, mas que, tratando-se da aplicabilidade no mandado de injunção, perde este total eficácia.

Isso vem de encontro às técnicas interpretativas das normas constitucionais, como visto anteriormente, já que a hermenêutica serve justamente para dar azo à eficiência normativa da Constituição às situações apresentadas.

Vários doutrinadores enumeram regras interpretativas das normas constitucionais, como exemplo, Canotilho e Miranda.

O primeiro dispõe de uma tabela de regras interpretativas das normas constitucionais, elencada da seguinte forma:

Da unidade da constituição: a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas; **Do efeito integrador**: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política; **Da máxima efetividade ou da eficiência**: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda; **Da justeza ou da conformidade funcional**: os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário; **Da concordância prática ou da harmonização**: exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros; **Da força normativa da constituição**: entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.³⁹(grifo nosso)

³⁶ HORTA apud MORAES, 2007, p. 10.

³⁷ Dispõe o artigo 2º da CF: “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03 mai. 2008.

³⁸ Dispõe o artigo 5º, incisos XXXV e LXXI, respectivamente: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” e “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, loc. cit.

³⁹ CANOTILHO citado por MORAES, op. cit., p. 10.

Observa-se do disposto acima que, principalmente ao conflito apontado na problemática do mandado de injunção, devem-se interpretar as normas constitucionais conflitantes de modo organizado, extraindo de cada disposição seus ideais, não se excluindo nenhuma norma existente, mas definindo uma maior aplicabilidade ao caso concreto.

Corroborando a tabela acima, Miranda dispõe que

A contradição dos princípios deve ser superada, ou por meio da redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios. Deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade. Os preceitos constitucionais deverão ser interpretados tanto explicitamente quanto implicitamente, a fim de colher-se seu verdadeiro significado.⁴⁰

Mota e Spitzcovsky apontam como princípios da interpretação constitucional o da Unidade da Constituição e o da Efetividade.

Segundo eles, o primeiro seria “aquele que impõe ao intérprete a obrigação de analisar as normas constitucionais, não de forma isolada, mas dentro do contexto em que se insere de maneira a evitar a existência de contradições [...]”⁴¹

O segundo seria “aquele que atribui a uma norma constitucional, em razão da posição por ela ocupada no ordenamento jurídico, o sentido que maior eficácia lhe ofereça.”⁴²

Portanto, sumulando o que foi dito, nas palavras de Moraes, “a aplicação dessas regras de interpretação deverá, em síntese, buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua, adequando-as à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades políticas.”⁴³

Visto de sobremaneira a interpretação das normas, importante se faz a menção da interpretação conforme a Constituição, como se verá a seguir.

2.6.1 Interpretação conforme a Constituição

Não obstante as regras gerais de interpretação das normas constitucionais supra citadas, não se pode deixar de expor esta classificação doutrinária acerca da interpretação

⁴⁰ MIRANDA apud MORAES, 2007, p. 9-10.

⁴¹ MOTA; SPITZCOVSKY, 1999, p. 27-28.

⁴² MOTA; SPITZCOVSKY, loc. cit.

conforme a Constituição.

Uma interpretação da norma significa não apenas dar efetividade à letra da lei, mas também aos motivos que levaram a sua edição, ou seja, deve-se levar em conta as ideologias e motivos intitulados na norma a ser interpretada, a fim de se obter o resultado proposto com a promulgação da referida norma.

No presente trabalho monográfico, salutar se faz o estudo desta interpretação pois, conforme melhor se explanará adiante, a garantia fundamental do acesso ao Judiciário intitulada no artigo 5^o⁴⁴ da Constituição Federal prevê como interpretação muito mais do que a letra dispõe. O acesso à justiça não diz respeito apenas ao acesso com o ingresso de ações judiciais no Poder Judiciário propriamente dito, mas também à garantia de uma solução ao caso concreto apresentado no referido Poder. Muito mais que o simples acesso, é uma garantia à prestação jurisdicional adequada. E é este tipo de interpretação da norma que faz com que uma letra entre em conformidade com todo o ordenamento constitucional proposto, com suas idéias e políticas.

Para melhor compreender tal interpretação, nas palavras de Moraes,

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico.⁴⁵

Portanto, tal interpretação é válida apenas para normas que apresentem espaço de decisão, ou seja, espaço para que haja interpretações dúbias, com risco de se disporem contrárias à Constituição, devendo as interpretações a favor desta permanecerem.

Incabível é interpretação totalmente contrária ao texto expresso de lei, sem permissão a interpretações em conformidade com o texto legal, pois estar-se-ia fazendo o Judiciário papel de legislador.

Segundo Moraes, há três hipóteses de interpretação conforme a constituição:

Interpretação conforme com redução do texto: essa primeira hipótese ocorrerá quando for possível, em virtude da redação do texto impugnado, declarar a inconstitucionalidade de determinada expressão, possibilitando, a partir dessa exclusão de texto, uma interpretação compatível com a Constituição Federal. [...].

⁴³ MORAES, op. cit., p. 11.

⁴⁴ Vide nota p. 26.

⁴⁵ MORAES, 2007, p.11

Interpretação conforme sem redução do texto, conferindo à norma impugnada uma determinada interpretação que lhe preserve a constitucionalidade: nessas hipóteses, salienta o Pretório Excelso, “quando, pela redação do texto no qual se inclui a parte da norma que é acatada como inconstitucional, não é possível suprimir dele qualquer expressão para alcançar essa parte, impõe-se, a utilização da técnica de concessão da liminar para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal, técnica essa que se inspira na razão de ser da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto em decorrência de este permitir interpretação conforme a Constituição.”(STF –Pleno-Adin nº 1.344-1/ES-medida liminar-Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 19 abr. 1996, p. 12.212. No mesmo sentido: STF – Pleno – Adin nº 1.719-9- medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 27 fev. 1998, capa.) **Interpretação conforme sem redução do texto, excluindo da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade:** nesses casos, o Supremo Tribunal Federal excluirá da norma impugnada determinada interpretação incompatível com a Constituição Federal, ou seja, será reduzido o alcance valorativo da norma impugnada, adequando-se à Carta Magna [...].⁴⁶(grifo nosso)

Apresentadas as técnicas para interpretação conforme a Constituição, têm-se ainda a Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, a qual consiste propriamente numa técnica de decisão judicial, não interpretação, mas que permite os mesmos efeitos desta, sendo a presente declaração utilizada pelo Supremo Tribunal Federal como meio para atingir a interpretação conforme a Constituição, preservando a constitucionalidade da norma impugnada, sem, contudo, alterar seu texto legal.

Visto isso, passa-se ao controle de constitucionalidade das normas, uma vez que o mandado de injunção, apesar de não configurar instrumento específico para isto, desenvolve o controle referido por omissão de norma regulamentadora dos direitos e garantias previstas em norma limitada, à espera de edição pelo Poder competente.

⁴⁶ MORAES, 2007, p.12-13.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS

O estudo do controle de constitucionalidade das normas é extremamente válido à monografia presente, posto que o mandado de injunção, apesar de não ser instrumento específico para tanto, acaba por exercer este controle.

Observou-se, entretanto, que referente à matéria acima proposta houve grande divergência doutrinária, não sendo possível sequer estabelecer uma linha unânime de pensamento. Isto porque alguns doutrinadores entendem não haver controle de constitucionalidade realizado por órgão misto, outros que entendem que o controle prévio pode ser realizado por órgão político e demais Poderes, e outros que discordam, afirmando ser possível apenas pelo Legislativo e Judiciário, excluindo o Executivo. Há ainda quem afirme ser o controle prévio realizado apenas pelo Judiciário, fazendo parte do controle jurisdicional, enquanto que para outros este controle é exercido pelo órgão político também, enfim, não há consenso.

Assim, o que se pretende neste capítulo é justamente abordar os principais pontos acerca do controle de constitucionalidade, como conceito, pressupostos, espécies, classificação doutrinária, dentre outros.

Para tanto, tomou-se por base a linha de raciocínio de Silva, complementado com outros doutrinadores, conforme o exposto a seguir.

3.1 CONCEITO E PRESSUPOSTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS

O controle de constitucionalidade das normas está ligado diretamente à idéia de supremacia constitucional, na qual se observa a Constituição de um Estado como norma superior hierarquicamente às demais de um ordenamento jurídico, bem como à de rigidez constitucional, pressupondo este para um processo de difícil alteração das normas constitucionais.

Nas palavras de Moraes:

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de

supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.¹

Ainda, prossegue afirmando que “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.”²

Corroborando o disposto acima, Temer define:

Controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição. Também significa a conferência de eficácia plena a todos os preceitos constitucionais em face da previsão do controle da inconstitucionalidade por omissão.³

Cada norma a ser editada dentro de um ordenamento jurídico deve obedecer ao que a doutrina chama de requisitos formais e materiais. O primeiro diz respeito precipuamente ao princípio da legalidade, em que a norma deverá respeitar todo o processo legislativo sobre o qual se ampara sua edição.

Os requisitos formais se subdividem em subjetivos – fase introdutória da lei, mais precisamente a competência de iniciativa legislativa – e objetivos – fase constitutiva e complementar da edição da lei ou ato normativo.

Os requisitos materiais referem-se propriamente à matéria ser compatível com a tratada na Carta Magna.

Há ainda quem classifique em controle formal e material, como é o caso de Bonavides, segundo o qual

O controle formal é, por excelência, um controle estritamente jurídico. Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes, enfim, se a obra do legislador ordinário não contravém preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais desses poderes, bem como dos ordenamentos estatais respectivos, como sói acontecer nos sistemas de organização federativa do Estado.⁴

Consoante o autor,

O controle material de Constitucionalidade é delicadíssimo em razão do elevado teor de politicidade de que se reveste, pois incide sobre o conteúdo da norma. Desce ao

¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 626.

² Ibid., p. 627.

³ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 40.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 297.

fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais.⁵

Portanto, a obediência aos requisitos apresentados é pressuposto para um ordenamento jurídico equilibrado, sendo o controle de constitucionalidade das normas o instrumento utilizado justamente para assim o manter.

3.2 ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE

A inconstitucionalidade de uma norma pode se dar em função de ato comissivo ou de omissão do Poder Público.

O ato comissivo pressupõe a existência de uma norma que enseja incompatibilidade com a Constituição, seja na sua forma ou na sua matéria, conforme visto anteriormente, enquanto que na omissão o Poder Público deixa de editar uma norma sobre a qual se responsabilizou, ou seja, as normas de eficácia limitada dispostas no ordenamento maior, violando, portanto, a constitucionalidade proposta.

Acerca da inconstitucionalidade por ação, conceitua Silva:

Ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição. O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.⁶

Prosseguindo o ensinamento, concernente à inconstitucionalidade por omissão:

Verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais. Muitas destas, de fato, requerem uma lei ou uma providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática.⁷

⁵ BONAVIDES, 2004, p. 298.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo. Malheiros, 2004, p.47.

⁷ SILVA, loc. cit.

Observa-se, no caso do mandado de injunção, uma omissão legislativa e, em que pese este não seja instrumento específico para realizar o controle de constitucionalidade, conforme se demonstrará adiante, não deixa de assim o fazer, uma vez que busca uma regulamentação por parte do Legislativo a fim de efetivar uma garantia prevista na Constituição que, em virtude da inércia do Legislativo, deixou de ser aplicável.

3.3 SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O Direito Constitucional compreende três sistemas de controle de constitucionalidade: o político, o jurisdicional e o misto. Neste estudo, se observou grandes divergências doutrinárias concernente às classificações dos sistemas de controle, sendo que, apesar de citar alguns, basear-se-á tal classificação precipuamente no disposto por Silva, como se verá a seguir.

3.3.1 Controle por um órgão político

No controle político, o exercício do controle de constitucionalidade é realizado através de órgãos de natureza política, como exemplo pelo próprio Poder Legislativo, ou ainda através de um órgão distinto dos três poderes e específico para tanto.

Esse órgão poder ser uma assembléia, como um comitê constitucional ou um conselho.

O país onde deu início a este exercício de controle foi a França que, após inúmeras tentativas frustradas, finalmente instituiu-se com o Conselho Constitucional da Constituição de 1958.

Ainda, toma-se como exemplo a Constituição soviética de 1936, cuja inspiração stalinista adotou como controle de constitucionalidade um órgão político.

Referente a meta do controle político, Bonavides, ao citar Fabre, destaca que para este “é assegurar a repartição constitucional das competências, relegando a segundo plano a

proteção direta das liberdades individuais. O seu principal objetivo, acrescenta o publicista, consiste em tolher o nascimento jurídico da lei inconstitucional.”⁸

Este mesmo autor distingue na doutrina corrente dois tipos de controle político:

O controle prévio, que antecede a votação da lei, e o controle *a posteriori*, feito após a votação da lei. O primeiro se exerce durante a tramitação do texto, podendo nele intervir a segunda Câmara ou o Chefe de Estado. O controle político de mais autenticidade é porém aquele que se faz *a posteriori* com a lei conseqüentemente promulgada (perfeita) ou pelo menos já votada.⁹

Conforme se verá adiante, este controle prévio exercido por um órgão político também é classificado na doutrina dentro do controle jurisdicional. Em que pese não haver explícita concordância doutrinária, entendemos que este controle prévio é exercido tanto por órgão político quanto pelo jurisdicional. Dependerá apenas da constituição de um órgão distinto competente para realizar o controle (caso do órgão político) ou ainda do Legislativo (alguns entendem não se tratar de controle pelo Legislativo), ou de estabelecerem ao Poder Judiciário a competência de exercer o controle prévio (controle jurisdicional), como melhor se explanará a seguir.

3.3.2 Controle por um órgão misto

O controle misto é quando determinadas normas são dispostas ao controle político e outras ao controle jurisdicional.

Esta classificação não é comum na maioria das doutrinas dominantes do Direito, todavia, vale ressaltar o conceito trazido por Silva, para o qual

O controle misto realiza-se quando a constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional.¹⁰

Dito isto, passa-se ao controle jurisdicional.

⁸ FABRE apud BONAVIDES, 2004, p. 300-301.

⁹ FABRE apud BONAVIDES, loc. cit.

¹⁰ SILVA, 2004, p.49.

3.3.3 Controle por um órgão jurisdicional

O controle jurisdicional é o controle realizado pelo Poder Judiciário, ou melhor,

O controle jurisdicional, generalizado hoje em dia, denominado judicial review nos Estados Unidos da América do Norte, é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais.¹¹

Nas palavras de Bonavides,

Com efeito, ao adquirir supremacia decisória tocante à verificação de constitucionalidade dos atos executivos e legislativos, o órgão judiciário estaria tutelando o próprio Estado. Graves objeções relativas pois à preservação de princípios básicos como os da separação e igualdade de poderes acompanham de perto a fórmula do controle judiciário, sem contudo lograr uma quebra da extraordinária importância que se tem atribuído ao seu emprego desde a célebre sentença do juiz Marshall na questão constitucional “Malbury vc. Madison”. Há publicistas que, aferrados à tese da inteira neutralidade de procedimento jurisdicional, vêem no controle uma aferição estritamente jurídica dos atos constitucionais. Não há dúvida de que exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das Constituições rígidas e sobretudo com o centro de sua inspiração primordial – a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis. A introdução do sobredito controle no ordenamento jurídico é coluna de sustentação do Estado de direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis.¹²

O Brasil adotou como regra o controle jurisdicional como instrumento a manter a supremacia constitucional, resguardando o ordenamento jurídico de leis hierarquicamente inferiores incompatíveis com a norma maior.

3.4 MOMENTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Esta classificação refere-se ao momento em que se dá o controle de constitucionalidade das normas, podendo ser antes do projeto de lei virar lei – controle prévio

¹¹ SILVA, 2004, p.49.

¹² BONAVIDES, 2004, p. 298.

ou preventivo – impedindo esta norma de adentrar no ordenamento jurídico com vícios, ou ainda sobre a lei, capaz de gerar efeitos potenciais e efetivos – controle posterior ou repressivo.

3.4.1 Controle prévio ou preventivo

O controle prévio, como dito anteriormente “é o controle realizado durante o processo legislativo de formação do ato normativo.”¹³

Este controle pode ser realizado pelos três Poderes: o Legislativo, Executivo e o Judiciário.

O controle prévio exercido pelo Legislativo é realizado através das comissões de constituição e justiça, “cuja função precípua é analisar a compatibilidade do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional apresentados com o texto da Constituição Federal.”¹⁴

Ainda, este controle poderá ser exercido também pelo plenário da casa legislativa quando for rejeitado um projeto de lei por inconstitucionalidade.

Como exemplos, temos a comissão de constituição e justiça e de redação, criada através do artigo 32, inciso III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados¹⁵, a fim de admitir e tramitar projetos, emendas ou substitutivos em seus aspectos constitucionais, jurídicos, legais e regimentais. Ainda, há também a comissão de constituição, justiça e cidadania, criada através do artigo 101 do Regimento Interno do Senado Federal¹⁶, a fim de opinar acerca da constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias a esta submetida através de deliberação do plenário, despacho do Presidente da República, consulta de outra comissão, ou quando houver recurso de decisão terminativa de comissão para o plenário, em virtude desses aspectos.

O controle prévio realizado pelo Executivo consiste no ato do Chefe do Executivo que, ao receber o projeto de lei, vetá-lo-á ou sancioná-lo-á.

¹³ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 134.

¹⁴ MORAES, 2007, p. 632.

¹⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Resolução nº 17, de 1989**. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/RegInterno.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2008.

¹⁶ BRASIL. Senado Federal. **Resolução nº 93, de 1970**. Aprova o Regimento Interno do Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/regsf/RegSFVoll.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2008.

No caso do veto, este pode ser jurídico, quando dado por inconstitucionalidade, ou político, quando contrário ao interesse público.

Portanto, ao vetar um projeto de lei, o Chefe do Executivo estará exercendo o controle de constitucionalidade prévio, uma vez que se deu antes que o referido projeto convertesse em lei.

Por fim, o controle prévio realizado pelo Judiciário, apesar de não haver concordância unânime na doutrina, entende-se poder ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal sobre projeto de lei em trâmite na Casa Legislativa a fim de garantir apenas o devido processo legislativo, vedando sua participação em procedimento sem que esteja de acordo com as regras constitucionais. Não cabe, entretanto, à Corte Suprema interpretar normas regimentais, caso em que estaria intervindo nas funções do Legislativo, o que é vedado através do princípio da separação dos poderes, elencado no artigo 2º¹⁷ da nossa Carta Magna.

3.4.2 Controle posterior ou repressivo

O controle posterior ou repressivo é o controle exercido sobre lei ou ato normativo, constante no ordenamento jurídico, e não mais em projeto de lei, como no caso do controle prévio.

Este controle é realizado precipuamente pelo Judiciário, entretanto, como exceção, há duas hipóteses em que será exercido pelo Poder Legislativo. A primeira diz respeito ao intitulado no artigo 49, inciso V, da Constituição Federal, que dispõe a competência do Congresso Nacional para “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.”¹⁸ A segunda refere-se ao estabelecido no artigo 62 da Constituição Federal, que prevê para os casos de relevância e urgência adotar o Presidente da República medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.¹⁹

¹⁷ Vide nota p. 26.

¹⁸ Dispõe o artigo 49 da CF: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] V – sustar os atos normativos do poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 maio 2008.

¹⁹ Dispõe o artigo 62 da CF: “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.” BRASIL, loc. cit.

Concernente ao controle repressivo exercido pelo Judiciário há dois tipos adotados pelo sistema brasileiro, chamado misto, por compreender tanto o controle difuso ou aberto, como o controle concentrado.

Porém, por ser de extrema importância e para melhor explanação, estudar-se-á estes dois tipos em tópicos distintos, conforme segue.

3.4.2.1 Controle difuso

O controle difuso, também conhecido como controle de via de exceção ou defesa, caracteriza-se por ser um controle que permite a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar, mediante o caso concreto apresentado, a compatibilidade do ordenamento jurídico em questão com a Constituição Federal.

Na sua origem, bem mencionou Moraes que

A idéia de controle de constitucionalidade realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário nasceu do caso *Madison versus Marbury* (1803), em que o juiz Marshall da Suprema Corte Americana afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a Constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo.²⁰

Na via de exceção, o controle de constitucionalidade é aplicado sobre uma causa incidente dentro de um processo já existente, ou seja, se busca a jurisdição acerca da constitucionalidade de referida norma dentro do caso apresentado, não sendo a questão principal do processo a declaração de inconstitucionalidade, conforme se apresenta no controle concentrado, que se verá adiante.

Corroborando o dito acima, lecionou Moraes:

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois objeto principal da ação.²¹

²⁰ US Court – 137 (1803). Conferir a íntegra de decisão: MORAES, 2007, p. 635.

²¹ *Ibid.*, p. 637.

Ainda, como bem lecionou Bonavides,

Sem o caso concreto (a lide) e sem a provocação de uma das partes, não haverá intervenção judicial, cujo julgamento só se estende às partes em juízo. A sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à anulação da lei, mas tão-somente à sua não aplicação ao caso particular, objeto da demanda. É controle por via incidental.²²

Por ser um controle exercido dentro de um processo cujo objeto não seja propriamente a declaração de inconstitucionalidade de alguma norma, os efeitos da declaração de constitucionalidade atingem somente as partes litigantes, de modo retroativo (*ex tunc*). Entretanto, havendo decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal num incidente de constitucionalidade, poderá o Senado suspender a execução, no todo ou em parte, da norma declarada inconstitucional dentro do referido processo, porém com efeitos *erga omnes* já que suspensão pelo Senado, e também *ex nunc*.

3.4.2.2 Controle concentrado

O controle concentrado, por sua vez, estabelece um órgão supremo para realizar o controle de constitucionalidade das normas dentro de um ordenamento jurídico, sendo a referida declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, conforme o caso, objeto principal da ação.

No ordenamento jurídico brasileiro, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente as ações que visam a inconstitucionalidade de lei federal ou estadual, ou ato normativo federal ou estadual, que contrarie disposição expressa na Constituição Federal.

Essas ações estão expressamente elencadas na Constituição Federal, podendo ser propostas através de ação direta de inconstitucionalidade genérica, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A ação direta de inconstitucionalidade genérica é a ação prevista no artigo 102,

²² BONAVIDES, 2004, p. 302.

inciso I, alínea ‘a’, da Constituição Federal²³, que visa propriamente a obtenção de declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual.

Já a ação direta de inconstitucionalidade interventiva é aquela prevista no artigo 36, inciso III, da Constituição Federal²⁴, cujo objeto se define pela declaração de inconstitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo que venha violar os princípios sensíveis constitucionais, em que a União intervirá nos Estados através de decretação de intervenção.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no artigo 103, §2º, da Constituição Federal²⁵, a própria conduta omissiva do Poder Público em regulamentar um direito previsto constitucionalmente compõe uma inconstitucionalidade, pelo que se pretende justamente a regulamentação do respectivo direito.

A ação declaratória de constitucionalidade é aquela disposta no artigo 102, inciso I, alínea ‘a’, *in fine*, da Constituição Federal²⁶, busca preservar o ordenamento jurídico, de modo a afastar o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, ou seja, busca afastar a insegurança jurídica.

Por fim, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no artigo 102, §1º, da Constituição Federal²⁷, que visa evitar ou mesmo reparar lesão ocasionada a preceito fundamental, resultante de ato proferido pelo Poder Público.

Para o presente trabalho, necessário o aprofundamento apenas da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, em detrimento da sua semelhança com o mandado de injunção, objeto central deste estudo.

²³ Dispõe o artigo 102, inciso I, alínea ‘a’, da CF: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.” BRASIL, loc. cit.

²⁴ Dispõe o artigo 36, inciso III, da CF: “A decretação da intervenção dependerá: [...] III – de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do artigo 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.” BRASIL, loc. cit.

²⁵ Dispõe o artigo 103, §2º, da CF: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...] §2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, s era dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.” BRASIL, loc. cit.

²⁶ Dispõe o artigo 102, inciso I, alínea ‘a’, da CF: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”. BRASIL, loc. cit.

²⁷ Dispõe o artigo 102, §1º, da CF: “A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.” BRASIL, loc. cit.

3.4.2.2.1 Ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão

A Constituição Federal de 1988 inovou quando trouxe o instituto da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que inexistente até então.

Nas palavras de Moraes,

O objetivo pretendido pelo legislador constituinte de 1988, com a previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi conceder plena eficácia às normas constitucionais, que dependessem de complementação infraconstitucional. Assim, tem cabimento a presente ação, quando o poder público se abstém de um dever que a Constituição lhe atribuiu.²⁸

Corroborando o dito anteriormente, para a respectiva ação bem como para o mandado, também ensina Siqueira Castro:

[...] em verdade esse tipo de disposição constitucional visa assegurar a auto-executoriedade das normas constitucionais, mormente daquelas respeitantes aos direitos fundamentais, isso de modo a possibilitar a um órgão da soberania exterior às assembléias de representação popular o suprimento da lacuna legislativa que inviabilize a aplicabilidade desses direitos.²⁹

Observa-se que tanto a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão quanto o mandado de injunção, buscam uma regulamentação de um direito previsto na Constituição Federal, obtendo-se, portanto, como inconstitucional a própria omissão legislativa.

Uma das coisas que os difere, entretanto, é justamente a legitimidade ativa, a qual para a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão está elencada em rol taxativo previsto nos incisos do artigo 103 da Carta Magna, qual seja: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Já o mandado de injunção não dispõe de um rol complexo para legitimidade ativa, podendo ser impetrado por qualquer cidadão brasileiro.

²⁸ MORAES, 2007, p. 686.

²⁹ CASTRO apud QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 6.

É certo que os efeitos, como melhor será abordado no terceiro capítulo deste trabalho, não alcançam toda uma coletividade. Enquanto que na ação declaratória de inconstitucionalidade o efeito é *erga omnes*, no mandado é *inter partes*.

Ainda, de acordo com o artigo 103, §2º, da Constituição Federal³⁰, decidindo o Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade por omissão, deverá dar ciência ao Poder ou ao órgão competente.

Tratando-se de órgão administrativo, as providências ordenadas pelo Supremo Tribunal Federal deverão ser tomadas dentro do prazo de trinta dias, sob pena de futura responsabilização do Poder Público.

Caso a determinação se refira ao Poder Legislativo, o Supremo dará ciência para adoção das medidas cabíveis, sem, contudo, fixar prazo.

Nas palavras de Moraes,

O Poder Legislativo tem a oportunidade e a conveniência de legislar, no exercício constitucional de sua função precípua, não podendo ser forçado pelo Poder Judiciário a exercer seu *munus*, sob pena de afronta a separação dos Poderes, fixada pelo artigo 2º da Carta Constitucional. Como não há fixação de prazo para a adoção das providências cabíveis, igualmente, não haverá possibilidade de responsabilização dos órgãos legislativos. Declarada, porém, a inconstitucionalidade e dada ciência ao Poder Legislativo, fixa-se judicialmente a ocorrência da omissão, com efeitos retroativos *ex tunc* e *erga omnes*, permitindo-se sua responsabilização por perdas e danos, na qualidade de pessoa de direito público da União Federal, se da omissão ocorrer qualquer prejuízo.³¹

Assim, por muito tempo na prática, a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção não alcançaram o fim desejado, uma vez que a separação dos Poderes acarretou o grande entrave à efetivação desses institutos. Recentemente têm se decidido diferente, porém isto será objeto de análise no capítulo seguinte.

Importante ressaltar, por fim, que o fato de todo brasileiro que esteja em dia com suas obrigações eleitorais – exigência para ser cidadão nos moldes da Constituição – é parte legítima para impetrar o mandado de injunção, o que torna este um remédio ímpar na legislação brasileira, fazendo com que o referido cidadão, que se encontra lesionado pela omissão legislativa, não necessite esperar pela boa vontade das pessoas elencadas acima citadas, mas obtenha para si a efetivação da garantia prevista na Constituição, devidamente regulamentada pelo Poder competente, ou ainda, determinado o direito pelo próprio Judiciário, como abordar-se-á adiante.

³⁰ Vide nota p. 40.

³¹ MORAES, 2007, p. 688.

4 O MANDADO DE INJUNÇÃO E OS EFEITOS DA SENTENÇA

O mandado de injunção, como instrumento de garantia de direitos e liberdades constitucionais em face da omissão legislativa, foi um avanço ao ordenamento jurídico brasileiro, aparecendo pela primeira vez somente na nossa Constituição vigente, de 1988.

Uma instituição que visa, precipuamente, o resguardo de direitos frente a omissão do Poder Público em regulamentá-los, não deve ter minimizada sua importância, principalmente por ser legítimo a todo cidadão impetrá-lo.

Com pesar, percebe-se que por muito tempo se denegriu a eficácia deste instituto. Isto devido à equivocada interpretação pela Corte Suprema, que privilegiava o princípio da separação dos poderes em detrimento do princípio do Estado Democrático de Direito.

Esta interpretação, que se mantinha até pouco tempo, levava o mandado de injunção ao posto de um “nada jurídico”, uma vez que não havia qualquer eficácia na sua decisão, já que o direito reclamado pelo impetrante era apenas declarado, e decretada mora pelo Poder Legislativo, em nada solucionando seu reclame.

Recentemente acompanhamos mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal, finalmente, argüindo a necessidade de se dar eficácia aos instrumentos de garantia constitucionais.

Entretanto, grande ainda é a divergência dentro da própria Corte, podendo ser encontrados na doutrina pelo menos cinco posicionamentos diferentes, justamente pela interpretação do conflito de princípios, de direitos e garantias existentes no mandado de injunção.

Por compreender uma garantia constitucional que, se dada eficácia, levaria a uma solução jurisdicional de acordo com o que a própria Carta Magna sugeriu quando dispôs o acesso à justiça a todos e por ser legítimo a qualquer cidadão brasileiro reclamar a garantia desses direitos que foram violados pela omissão legislativa, é que se torna de grande relevância e valia o presente estudo do referido *mandamus*.

Assim, analisar-se-á neste capítulo o instituto do mandado de injunção, seus aspectos formais, e o conflito existente na hermenêutica constitucional, tomando-se um posicionamento que inegavelmente está de acordo com toda a estrutura ideológica quando da promulgação da Constituição Federal, respeitando o maior interessado num Estado Democrático de Direito: o cidadão.

4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Antes de adentrar no estudo do mandado de injunção propriamente dito, salutar se faz a análise dos princípios e garantias que permeiam o conflito existente na concessão do referido *mandamus*, conforme se demonstrará a seguir.

4.1.1 Análise dos princípios constitucionais: o princípio da separação dos poderes e o princípio do Estado Democrático de Direito

Primeiramente, o conceito de princípio é diversificado na doutrina, porém todos concordam em dizer que o mesmo designa verdades primeiras.

Entretanto, fica-se com o estipulado por Crisafulli por entender mais completo, para o qual:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.¹

Silva bem leciona quando distingue normas de princípios, segundo o qual:

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais². Mas, como disseram os mesmos autores, “os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.²

¹ CRISAFULLI apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 257.

² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 91-92.

Seguindo com a classificação apresentada por Silva, podemos extrair dos princípios constitucionais positivos duas categorias: os princípios político-constitucionais e os princípios jurídico-constitucionais.

Os primeiros

Constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, e são, segundo Crisafulli, *normas-princípio*, isto é, “normas fundamentais de que derivam logicamente (e em que, portanto, já se manifestam implicitamente) as normas particulares regulando imediatamente relações específicas da vida social”. Manifestam-se como *princípios constitucionais fundamentais*, positivados em *normas-princípio* que “traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição”, segundo Gomes Canotilho, ou, de outro quadrante, são decisões políticas fundamentais sobre a particular forma de existência política da nação, na concepção de Carl Schmitt. São esses princípios fundamentais que constituem a matéria dos arts. 1º a 4º do Título I da Constituição [...].³

Já os segundos

São princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da constituição e o conseqüente princípio da isonomia, o princípio da autonomia individual, decorrente da declaração de direitos, o da proteção social dos trabalhadores, fluente da declaração dos direitos sociais, o da proteção da família, do ensino e da cultura, o da independência da magistratura, o da autonomia municipal, os da organização e representação partidária, e os chamados princípios-garantias (o do *nullum crimen sine lege* e da *nulla poena sine lege*, o do devido processo legal, o do juiz natural, o do contraditório ente outros, que figuram nos incs. XXXVIII a LX do artigo 5º) [...].⁴

Ilustrou-se acima concepções básicas de princípios e normas apenas a título de conhecimento, entretanto, não será objeto de estudo uma cognição exauriente do referido assunto.

Para o presente trabalho, é suficiente a lição dos princípios que norteiam a problemática do mandado de injunção, quais sejam: o princípio da separação dos poderes e o princípio do Estado Democrático de Direito.

O princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal, dispõe não somente a divisão de poderes, mas também a independência e harmonia entre eles.

A divisão de poderes fundamenta-se basicamente em dois elementos: especialização funcional, na qual cada órgão é especializado no exercício de uma função, ou

³ SILVA, 2004, p. 93.

seja, ao Legislativo cabe legislar, ao Executivo a função executiva e ao Judiciário a função jurisdicional. O outro elemento seria a independência orgânica, no qual além da especialização funcional dita acima é preciso que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, para não haver qualquer meio de subordinação.

Seguindo nos ensinamentos de Silva,

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia de trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.⁵

Moraes bem complementa esta harmonia quando abarcava a posição do ilustre Ministro Néri da Silveira, do Supremo Tribunal Federal, acerca dos efeitos da concessão do mandado de injunção:

A constituição, ao determinar que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são poderes da república, independentes e harmônicos, adotou a doutrina constitucional norte-americana do *check and balances*, pois ao mesmo tempo que previu diversas e diferentes funções estatais para cada um dos Poderes, garantindo-lhes prerrogativas para o bom exercício delas, estabeleceu um sistema complexo de freios e contrapesos para harmonizá-los em prol da sociedade. Assim, poderá o Poder Legislativo sustar a excoatoriedade de lei delegada editada pelo Chefe do Poder Executivo que exorbite os limites constitucionais (CF, artigo 49, V); o Senado Federal processará e julgará o presidente da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal (CF, artigo 52, III). Todos esses instrumentos encontram-se previstos no sistema de freios e contrapesos constitucionais, visando impedir o arbítrio estatal.⁶

Em suma, todo o sistema de divisão de poder somente será eficaz se houver essa harmonia entre eles, o que não significa nem o domínio de um pelo outro, e nem a usurpação de funções de um pelo outro, mas a cooperação entre todos a fim de dar efetividade ao Estado Democrático de Direito, proposto na Constituição Federal vigente.

E justamente sobre este princípio do Estado Democrático de Direito, fundamental de nossa Constituição, posto que define o nosso Estado, é que deve primar o guardião da Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal.

A concepção do Estado Democrático de Direito vem da fusão dos conceitos de Estado de Direito e Estado Democrático, formando assim um novo conceito.

⁴ SILVA, loc. cit.

⁵ SILVA, 2004, p. 110.

⁶ MORAES. Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 161.

Este “democrático” qualifica o Estado, irradiando valores da democracia sobre os demais elementos constitutivos do Estado e, inclusive, sobre a ordem jurídica.

Nos dizeres de Silva,

É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor da justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir.⁷

Portanto, o Estado que se diz um Estado Democrático de Direito deve, acima de tudo, proporcionar ao legítimo detentor do poder todos os direitos previstos quando da promulgação da Constituição, através de garantias por esta também prevista. E este legitimado nada mais é que o próprio povo, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal⁸.

Entretanto, para melhor compreensão do tema, importante o estudo da distinção entre direitos e garantias constitucionais.

4.1.2 Distinção entre direitos e garantias constitucionais

É preciso, acima de tudo, saber a diferença entre direitos e garantias constitucionais. A importância prática que dispõe essa distinção é pressuposto a compreensão dos efeitos da concessão do mandado de injunção.

Isto porque, ao dar um grande passo na evolução histórica do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição de 1988 não apenas descreveu direitos, mas também meios de garanti-los. De nada adiantaria termos direitos se, caso violados, nada se poderia fazer.

Nisto temos a lição do mestre Barbosa:

A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre direitos e garantias, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. Direito é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos. Garantia ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas

⁷ SILVA, 2004, p. 120

⁸ Dispõe o parágrafo único do artigo 1º da CF: Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02 Jun.2008.

classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil.⁹

Apesar disto, vislumbra-se na nossa Constituição vigente uma miscigenação de direitos e garantias, não havendo qualquer distinção formal no texto constitucional. Não é raro encontrarmos numa mesma disposição legal um direito e uma garantia. Coube, portanto, à doutrina eleger o que seriam direitos e o que seriam as garantias.

Assim, dentre as diversas classificações apresentadas, seguir-se-á a de Silva, que melhor explanou a respeito.

Há uma classificação doutrinária que diz respeito ao direito garantido, podendo as garantias dos direitos fundamentais serem classificadas em individual, coletiva, social ou política.

Porém, não sendo este o foco da questão, fica-se com uma outra classificação dessas garantias, a qual as distingue em dois grupos: garantias reais e garantias constitucionais.

As primeiras são

Destinadas a assegurar a existência e a efetividade (eficácia social) daqueles direitos, as quais “se referem à organização da comunidade política, e que poderíamos chamar condições econômico-sociais, culturais e políticas que favorecem o exercício dos direitos fundamentais”, o “conjunto dessas garantias gerais formará a estrutura social que permitirá a existência real dos direitos fundamentais”, trata-se da estrutura de uma sociedade democrática, que conflui para a concepção do Estado Democrático de Direito, consagrada no artigo 1º [...].¹⁰

Já as garantias constitucionais “consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais.”¹¹

Essas garantias são subdivididas em garantias constitucionais gerais e garantias constitucionais especiais.

As garantias constitucionais gerais,

são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e, assim, impedem o arbítrio com o que constituem, ao mesmo tempo, técnicas de garantia e respeito aos direitos fundamentais; são garantias gerais precisamente porque consubstanciam salvaguardas de um regime de respeito à pessoa humana em toda a sua dimensão [...].¹²

⁹ BARBOSA apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 528.

¹⁰ SILVA, 2004, p. 187

¹¹ SILVA, loc. cit.

¹² SILVA, loc. cit.

E as garantias constitucionais especiais

São normas constitucionais que conferem, aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade de seus direitos. Neste sentido, essas garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito principal. Estão a serviço dos direitos humanos fundamentais, que, ao contrário, são um fim em si, na medida em que constituem um conjunto de faculdades e prerrogativas que asseguram vantagens e benefícios diretos e imediatos a seu titular [...].¹³

O mandado de injunção está incluso justamente nas garantias constitucionais especiais, posto que é um instrumento que serve para garantir ao cidadão seus direitos e liberdades violados pela omissão do Poder Público em regulamentá-los.

E é a respeito deste instituto que versará os próximos tópicos, desde sua evolução histórica até os efeitos de sua decisão.

4.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MANDADO DE INJUNÇÃO

A origem do mandado de injunção constitui matéria bastante divergente na doutrina. Enquanto uns afirmam ser proveniente do direito anglo-saxão, outros apostam como origem o direito lusitano.

Por não ser unânime, salutar se faz o estudo do presente *writ* nos direitos acima transcritos, para posterior análise conclusiva acerca de sua origem.

Primeiramente, observa-se que o vocábulo *writ* vem do verbo inglês *to writ*, que significa “escrito” na nossa linguagem. A história indica que, na Inglaterra, as garantias requeridas eram asseguradas através da expedição de uma carta real, motivo pelo qual se fundamenta no mundo jurídico a significação de ordem, relativa a imposição de uma autoridade.

No direito inglês, com o desgaste da *Common Law*, por volta de 1485, necessário se fez a criação da *Corte de Equity*, a qual oferecia proteção aos direitos dos indivíduos. Tal proteção se daria mediante a outorga do direito invocado pela atuação jurisdicional discricionária quando não houvesse regulamentação ou quando o sistema da *Common Law* não protegesse satisfatoriamente os direitos do indivíduo.

¹³ SILVA, 2004, p. 188.

Este juízo de equidade não significa que o magistrado estaria livre de qualquer norma para aplicar o direito ao caso concreto apresentado, mas sim, baseado numa rígida pauta de valores sociais e nos princípios de justiça material existentes, poderia dar ao indivíduo que reclamou a ausência de maior proteção o direito invocado dentro dos parâmetros já existentes, ou seja, o juiz não tem o arbítrio de criar normas próprias.

A injunção é, para muitos, um remédio essencialmente da equidade, no sentido que visa formular uma regra jurídica ao caso concreto.

O termo injunção apresenta inúmeras definições, pelo que nos ateremos aos citados por Quaresma:

Uma ordem proibindo a parte de agir de um determinado modo, ou requerendo uma ação específica de outra parte. A injunção permite ao tribunal minimizar lesões sofridas por uma pessoa ou grupo de pessoas, até que o problema possa, de outra forma, ser resolvido ou ainda a injunção pode evitar lesões definitivamente. Não executar uma ordem de injunção acarreta desobediência judicial. Uma vez concedida, ela pode ser anulada ou cassada (livre tradução da autora).¹⁴

Há também:

A injunção é uma providência outorgada com base num juízo de equidade, a requerimento de uma parte, impondo à outra a obrigação de abster-se ou fazer com que as pessoas a ela subordinadas se abstenham da prática de um ato, ou cometendo-lhe a obrigação de praticar ou fazer com que se pratique ou se tolere um ato.¹⁵

E ainda:

Remédio proibitivo e equânime emitido ou concedido por um tribunal por solicitação de uma parte queixosa, dirigido a uma parte impetrada na ação, ou a uma parte que se tornou impetrada para aquele fim, proibindo esta última de praticar algum ato ou permitir que seus subordinados ou agentes o pratique, sendo este ato iníquo, prejudicial ao queixoso e que não possa ser adequadamente corrigido por ação legal. Processo judicial que opera in personam e exige que a pessoa a quem é dirigido faça ou se abstenha de fazer determinada coisa. (livre tradução da autora).¹⁶

Já o direito nos Estados Unidos, pertencente à estrutura da *Common Law*, concebido sob a forma jurisprudencial e elaborado na base de precedentes, permitiu que o *writ of injunction* fosse introduzido por volta de 1870, preservando seu caráter de equidade. Inicialmente a *injunction* era considerada medida cautelar, preliminar e temporária; entretanto,

¹⁴ QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 45.

¹⁵ QUARESMA, loc. cit.

¹⁶ GAINSBURG apud QUARESMA, loc. cit.

hoje possui um caráter definitivo e permanente em face do grande número de ações de *injunction* objetivando proteger direitos constitucionalmente previstos.

Conforme preleciona Barbi,

Naquele direito (anglo-americano) o instituto da injunção desempenha um grande papel, quer nos litígios entre particulares, para os quais foi criado, quer na matéria constitucional, a qual se estendeu com o passar dos anos. Reveste-se de duas formas: *prohibitory injunction*, para vedar a prática de atos violadores de direito e a *mandatory injunction*, para ordenar a prática de atos cuja omissão viola o direito. O descumprimento da *injunction*, pela negativa de obedecê-la, constitui *contempt of court*, isto é, desacato à corte, sancionando com prisão decretada em forma sumaríssima pelo tribunal.¹⁷

Assim, no direito norte-americano mais se aplica na proteção dos direitos da pessoa humana, para impedir, por exemplo, violações de liberdade religiosa.

No direito lusitano, alguns autores apontam suas raízes em virtude dos instrumentos existentes com a única finalidade de advertência do Poder competente omisso.

Enfim, o presente trabalho baseia-se na idéia de que o mandado de injunção elaborado pela Carta Constitucional Brasileira de 1988 referiu-se aos princípios instituídos no misto direito anglo-americano que, nos dizeres de Silva, bem explanou seu fundamento:

O mandado de injunção é um instituto que se originou na Inglaterra, no séc. XIV, como essencial remédio da *Equity*. Nasceu, pois, do *Juízo de Equidade*. Ou seja, é um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando falta norma legal (*statues*) regulando a espécie, e quando a *Common Law* não oferece proteção suficiente. A *equidade*, no sentido inglês do termo (sistema de estimativa social para a formulação da regra jurídica para o caso concreto), assenta-se na valoração judicial dos elementos do caso e dos princípios de justiça material, segundo a pauta de valores sociais, e assim emite a decisão fundada não no justo legal, mas no *justo natural*. Na *injunction* inglesa como no mandado de injunção do artigo 5º, LXXI, o juízo de equidade não é inteiramente desligado de pautas jurídicas. Não tem o juiz inglês da *Equity* o arbítrio de criar norma de agir *ex nihil*, pois se orienta por pauta de valores jurídicos existentes na sociedade (princípios gerais de direito, costumes, *conventions* etc.). E o juiz brasileiro também não terá o arbítrio de criar regras próprias, pois terá em primeiro lugar que se ater à pauta que lhe dá o ordenamento constitucional, os princípios gerais de direito, os valores jurídicos que permeiam o sentir social, enfim, os vetores do justo natural que se aufere no viver social, na índole do povo, no envolver histórico. Aí é que seu critério estimativo fundamenta sua decisão na falta de regulamentação do direito, liberdade ou prerrogativas objeto da proteção do mandado de injunção. Mas a fonte mais próxima deste é o *writ of injunction* do Direito norte-americano, onde cada vez mais tem aplicação na proteção dos direitos da pessoa humana, para impedir, p. ex., violações de liberdade de associação e de palavra, da liberdade religiosa e contra denegação de igual oportunidade de educação por razões puramente raciais, tendo-se estabelecido mediante julgamento favorável de uma *injunction* (caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 1954) o direito de estudantes negros à educação em escolas não segregadas; a Emenda 14 da Constituição norte-americana confere várias franquias inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, pois a proteção desses direitos e franquias tem sido crescentemente objeto de *injunction*, tal como agora se

¹⁷ BARBI; RABASA apud QUARESMA, 1999, p. 48.

reconhece no Direito Constitucional pátrio.¹⁸

Portanto, o mandado de injunção disposto na Constituição da República Federativa do Brasil é de origem tanto do direito inglês como do direito norte-americano, sintetizando, assim, para uma origem anglo-americana. Isto porque o nosso mandado de injunção é, como o nome diz, um mandado, em que o juiz buscará seguir a ordem constitucional, aplicando o direito conforme as necessidades da sociedade, e também é uma garantia aos direitos previstos no ordenamento maior, as quais mais dispõem sobre a dignidade da pessoa humana.

Ressalta-se, todavia, que apesar de as raízes históricas apontarem para uma maior semelhança ao mandado de injunção norte-americano, cabe aos doutrinadores e à jurisprudência pátria definir os contornos desse importante instrumento que combate à inefetividade das normas constitucionais que não possuem aplicabilidade imediata.

No direito brasileiro, contudo, o mandado de injunção aparece somente na Carta Constitucional de 1988, não havendo, portanto, qualquer precedente. Isto faz deste instituto uma revolução na democracia brasileira, uma vez que através deste permite a cobrança por parte dos cidadãos aos direitos previstos na Constituição Federal. A seguir, sua trajetória constituinte.

4.2.1 Trajetória do mandado de injunção na Assembléia Constituinte de 1988

Foram propostos inúmeros anteprojetos, emendas e sugestões até que brotasse a idéia do mandado de injunção que se queria propor, originado do direito anglo-americano, apesar de não estar explícita a concordância com essa origem, conforme visto acima.

Esta trajetória marca o que podemos chamar da real intenção do constituinte quando da elaboração do referido instituto. Isto para efeitos de justificar a decisão e a repercussão desta no mandado de injunção.

E justamente, sumulado nas palavras de Silva, podemos observar toda a trajetória constituinte, incluída a ideologia na elaboração do mandado, quando o ilustre doutrinador

¹⁸ SILVA, 2004, p. 446.

comentara o conteúdo da decisão da injunção. Dizia ser esta sempre a preocupação do constituinte:

Aparelhar meios para a eficácia imediata das normas constitucionais. A elaboração constituinte do mandado de injunção seguiu sempre esse rumo. O Constituinte Gastone Righi, no dia 22.4.87 na 3ª reunião da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, clama pela criação de um *mandamus*, uma forma de processo pela qual alguém possa exercer um direito social, digamos o direito social à saúde ou o direito da criança à escola. A precedência é, porém, atribuída ao Senador Virgílio Távora, consoante informa a Dra. Herzeleide Maria Fernandes de Oliveira, que, como assessora, participou de sua formação. [...] Esclarece que o Senador alertado para o não cumprimento do “dever-poder” do Estado para com a educação, apresentou *Sugestões de Normas Constitucionais* versando sobre o mandado de injunção e sobre a inconstitucionalidade por omissão [...]. O Constituinte Lysâneas Maciel propôs dois mecanismos: um na forma reclamada pelo Constituinte Gastone Righi, no artigo 3º do seu Anteprojeto, segundo o qual o povo exerceria a soberania: VII – pelo mandado de garantia social por inexistência ou omissão de normas, atos jurisdicionais ou administrativos; o outro no art. 40: *Na falta de regulamentação para tornar eficaz a norma constitucional*, o Ministério Público ou qualquer interessado poderá requerer ao Judiciário a aplicação do direito assegurado. Aqui está delineado o mandado de injunção, por quem não conhecia o Direito anglo-americano. A mesma preocupação acutilava a Subcomissão dos Direitos Individuais e Garantias do Homem e da Mulher, no dia 26.5.87, pelo Relator da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, Deputado Constituinte Darcy Pozza, quando disse que “no rol dos Direitos e Garantias Individuais, ao lado do Mandado de Segurança, como instrumento de defesa dos interesses do cidadão, incluímos o *Mandado de injunção*, visando permitir que a letra constitucional, à falta de Lei Complementar ou Ordinária que a regulamentem se torne realmente auto-aplicável. Darcy Pozza o colheu na Sugestão n. 367-1 do Constituinte Ruy Bacelar, que pedia se incluísse onde coubesse o seguinte: “Artigo Os direitos conferidos por esta Constituição e que dependam da lei ou de providências do Estado serão assegurados por *mandado de injunção*, no caso de omissão do Poder Público. Parágrafo único. O *mandado de injunção* terá o mesmo rito processual estabelecido para o *mandado de segurança*.” Na justificativa, não menciona se foi buscá-lo no Direito anglo-americano. Não importa. O Anteprojeto apresentado pelo Constituinte Darcy Pozza na Subcomissão contemplou o remédio com aquele sentido de tornar eficaz, in concreto, direitos garantidos na Constituição. Constou do § 37 do artigo único, nos termos seguintes: *Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança, a fim de garantir direitos assegurados nesta Constituição, não aplicados em razão da ausência de norma regulamentadora, podendo ser requerido em qualquer Juízo ou Tribunal, observadas as regras de competência da Lei Processual*. Daí a proposta passou para o Substitutivo do Relator da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Constituinte José Paulo Bisol, em termos essencialmente idênticos. O Projeto da Comissão de Sistematização o aprovou com duas modificações sérias, dizendo que seria concedido *na forma da lei*, aí sim tornando sua aplicação dependente de lei; a outra suprimindo a palavra “direitos”, ficando a proteção apenas para as liberdades e prerrogativas, esvaziando a medida. Na votação do Primeiro Turno o texto foi recomposto, para ficar com a redação do artigo 5º, LXXI. Todo o pensamento constituinte foi no sentido de estruturar um instrumento para assegurar imediatamente os direitos, liberdades e prerrogativas, na falta de regulamentação. (grifo do autor).¹⁹

¹⁹ SILVA, 2004, pp. 449-450

Como bem observou ao final, o mandado de injunção, desde sua concepção ideológica original, visava uma segurança, uma garantia aos direitos previstos na Constituição Federal que, se violados por falta de regulamentação, poder-se-ia utilizar de um instrumento judicial, permeando a efetividade das normas constitucionais.

Assim, visto de sobremaneira a origem do mandado de injunção e sua trajetória constituinte, passa-se a estudar seus aspectos técnicos em geral.

4.3 ASPECTOS TÉCNICOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

4.3.1 Conceito

Inicialmente, conceitua-se mandado de injunção, nas palavras de Moraes:

O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal.²⁰

Silva também bem conceitua, afirmando que “constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição.”²¹

Assim, dos conceitos supra transcritos podemos extrair que o mandado de injunção nada mais é que um instrumento para assegurar os direitos e liberdades, bem como prerrogativas constitucionais diante da omissão legislativa ou regulamentadora.

4.3.2 Objeto

²⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo, Atlas, 2005, p. 153.

²¹ SILVA, 2004, p.49.

Meireles, ao tratar do mandado de injunção, refere-se ao seu objeto como sendo

A proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivos, de pessoa física ou jurídica, e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, que torne possível sua fruição por inação do Poder Público em expedir normas regulamentadoras pertinentes.²²

É justamente o que dispõe no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal.

Corroborando o disposto acima, Moraes leciona que

As normas constitucionais que permitem o ajuizamento do mandado de injunção assemelham-se às da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público, mas tão-só em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo de caráter impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade.²³

São as lacunas legislativas que violam direitos e liberdades constitucionais, na forma prevista do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, o principal objeto do mandado de injunção.

4.3.3 Requisitos

Os requisitos para o mandado de injunção são a falta de norma regulamentadora de uma previsão constitucional – omissão do Poder Público – e a inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Não há, portanto, qualquer interesse de agir caso já exista uma lei que determine a fruição de determinado direito, ainda que inviável seu exercício, uma vez que o mandado de injunção se apóia justamente na ausência normativa pelo Poder Público.

De igual modo, um direito que, apesar de não regulamentado, mas que possa ser usufruído normalmente, sem maiores prejuízos, também não pode ser objeto de mandado de injunção.

²² MEIRELES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 251.

²³ MORAES, 2005, p. 153.

4.3.4 Legitimidade

A legitimidade ativa no mandado de injunção é qualquer cidadão brasileiro que esteja impossibilitado de exercer seu direito em razão de omissão legislativa.

Entende-se como cidadão cada brasileiro maior e que estiver em dia com suas obrigações eleitorais e militares (caso masculino).

Embora não seja expresso na Constituição, afirma-se também a possibilidade de impetrar mandado de injunção coletivo, através de entidades de classe e associações devidamente constituídas.

Já a legitimidade passiva será somente o ente público, uma vez que é o único que detém capacidade normativa.

Nas palavras de Moraes,

Os particulares não se revestem de legitimidade passiva ad causam para o processo injuncional, pois não lhes compete o dever de emanar as normas reputadas essenciais ao exercício do direito vindicado pelos impetrantes. Somente ao Poder Público é imputável o encargo constitucional de emanação de provimento normativo para dar aplicabilidade à norma constitucional.²⁴

Assim, observa-se que inadmissível a formação de litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo, entre particulares e entre estatais.

Ressalta-se, entretanto, que se a omissão legislativa for federal, e a iniciativa for de competência exclusiva do Presidente da República, o mandado de injunção deverá ser ajuizado contra este, e não contra o Congresso Nacional.

4.3.5 Procedimento

Não há legislação específica que regulamente o trâmite processual para o mandado de injunção, porém enquanto não editado proceder-se-á o mesmo o rito do mandado de segurança, conforme prevê o artigo 24, §1º, da Lei nº 8.030/90.

Ressalta-se, todavia, que é pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal

²⁴ MORAES, 2005, p. 156.

Federal a não concessão da medida liminar por ser imprópria ao instituto da injunção.

No Superior Tribunal de Justiça, o mandado de injunção terá preferência sobre os demais atos judiciais, exceto para o *habeas corpus*, mandado de segurança e *habeas data*.

4.3.6 Competência

No caso de ser a elaboração da norma regulamentadora 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 até mesmo do Supremo Tribunal Federal, prevê a Constituição Federal como competente para julgar originariamente o mandado de injunção a Corte Suprema (Supremo Tribunal Federal).

Quando a atribuição for 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, Eleitoral, do Trabalho e Federal, caberá ao Superior Tribunal de Justiça julgar originariamente o mandado de injunção.

Ainda, no âmbito estadual, cada estado-membro tem, no exercício do poder constituinte derivado decorrente, o poder de estabelecerem a competência para julgar o mandado de injunção no caso da omissão do Poder Público estadual em relação às normas constituintes estaduais.

4.4 EFEITOS DA CONCESSÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

A questão da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais sempre foram objeto de polêmica na doutrina e na jurisprudência.

As maiores divergências, entretanto, voltam-se às normas de eficácia limitada, as quais dependeriam de lei posterior para dar aplicabilidade aos direitos previstos na Constituição.

No caso, bastaria uma mora do órgão incumbido de regulamentar determinado direito para que este restasse como letra morta.

Assim, para impedir que este evento ocorresse, foi que a Constituição Federal de 1988 trouxe à sua redação o instituto do mandado de injunção.

Entretanto, seus efeitos restaram igualmente inaplicáveis pelo conflito existente entre os princípios, direitos e garantias previstas no ordenamento maior, posto que o detentor da maioria das decisões – o Supremo Tribunal Federal – tem entendido pela vigência do princípio da separação dos poderes em detrimento do princípio do Estado Democrático de Direito.

Para dar efetividade a este tão importante instituto, era preciso que o Judiciário pesasse na sua função orgânica e estabelecesse o exercício de um direito que fora violado ao reclamante.

Porém, numa posição tímida e vexatória, entendeu a Corte Suprema, apenas para questões de efeitos, decretar a mora pelo Poder competente, nada mais solucionando o caso.

Ocorre que esta mesma Constituição também prevê o acesso à justiça a todos, sendo que este acesso significa não somente o direito de ação, mas o direito de uma prestação jurisdicional adequada.

No caso do mandado de injunção, o impetrante reclama seu direito violado pela omissão legislativa, porém não obtém nenhuma compensação pela violação.

Isto porque o Supremo Tribunal Federal entendia que, pelo princípio da separação dos poderes, não poderia o Judiciário determinar o exercício do direito violado pela omissão, pois estaria legislando, competência esta exclusiva do Legislativo, ou regulamentando, nos casos de competência exclusiva do Executivo.

Contudo, deve se visar o princípio do Estado Democrático de Direito, no qual se insere a República Federativa do Brasil, que permeia justamente a soberania popular, os direitos e garantias individuais, assegurando a cada cidadão das arbitrariedades estatais.

Ora, um direito previsto na Constituição, juntamente com uma garantia, não pode ser descartada pela separação dos poderes se estes mesmos poderes não estão exercendo suas funções com competência.

Vale lembrar, ainda, que todo nosso ordenamento estatal político se embasa no sistema de freios e contrapesos, já exposto no presente trabalho. E, em razão disso, a balança para o equilíbrio político na sociedade sobrepõe-se na qualidade de, quando um poder não está agindo conforme sua função, o outro deve pesar para manter este equilíbrio social.

É o que ocorre com o mandado de injunção. Se nem o Poder Legislativo nem o

Poder Executivo estão agindo segundo suas competências, de modo que isto venha a violar um exercício de direito previsto constitucionalmente, deve sim o Judiciário pesar para que estes mesmos direitos e garantias não se tornem normas inócuas.

Não estaria o Poder Judiciário legislando, ou regulamentando, estaria sim dando acesso à prestação jurisdicional devida, prevista dentro dos Direitos e Garantias Individuais, na Constituição Federal.

O princípio do Estado Democrático de Direito visa sobretudo o cidadão, e sobre este deve se ater o Judiciário.

Ressalta-se ainda, que o princípio da separação dos poderes, obstante à prestação jurisdicional devida no mandado de injunção, deve ser entendido dentro de uma independência e harmonia mútua, como foi dito anteriormente.

É nesta harmonia que se deve pautar o Supremo Tribunal Federal na interpretação dos efeitos da decisão no mandado de injunção.

Desde o julgamento do primeiro mandado impetrado, em 1990, apenas no ano de 2007 se viu uma mudança no entendimento jurisprudencial.

Porém, doutrinariamente, necessário se faz o estudo das posições existentes dentro da própria Corte Suprema.

Para tanto, utilizar-se-á no presente trabalho a classificação doutrinária de Moraes acerca dos efeitos da sentença no mandado de injunção, a fim de melhor compreender o tema.

Segundo ilustra o doutrinador, há duas posições divergentes acerca dos efeitos da decisão no mandado de injunção: a não concretista e a concretista. Esta se subdivide em mais duas, geral e individual, e esta última em mais duas, direta e intermediária.

A não concretista baseia-se no sentido de atribuir ao mandado a finalidade específica de reconhecer formalmente a inércia do Poder Público, devendo o Judiciário decretar a mora daquele, notificando-o para regulamentar o direito pleiteado, porém, inutilizado face à omissão legislativa, ou executiva, conforme o caso. Esta era a posição dominante no nosso Supremo Tribunal Federal e é, por assim dizer, alvo de grandes críticas, conforme já exposto.

Já a teoria concretista,

presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder

constituente.²⁵

A subdivisão desta, a posição concretista geral, dispõe que a decisão prolatada pelo Poder Judiciário tem efeito contra todos, não apenas restrito às partes que impetraram o respectivo mandado. Esta posição também não é bem aceita, enquadrando-se na minoria.

Aqui se concorda em dizer que o Judiciário estaria legislando ou regulamentando, ofendendo diretamente o princípio fundamental da separação dos poderes. Não é o que se busca no mandado de injunção. Busca-se, sim, uma solução jurisdicional no equilíbrio das funções orgânicas dos Poderes.

A concretista individual determina que os efeitos do mandado de injunção percorreria apenas a pessoa do impetrante, o qual poderá exercer seu direito através da decisão do Poder Judiciário. Neste sentido, escreve Canotilho:

O mandado de injunção não tem por objecto uma pretensão a uma emanção, a cargo do juiz, de uma regulação legal complementadora com eficácia erga omnes. O mandado de injunção apenas viabiliza, um caso concreto, o exercício de um direito ou liberdade constitucional perturbado pela falta parcial de lei regulamentadora. Se a sentença judicial pretendesse ser uma norma com valor de lei ela seria nula (inexistente) por usurpação de poderes.²⁶

A posição concretista individual se subdivide em duas, a direta e intermediária. Na direta, a decisão do Poder Judiciário emanaria diretamente na eficácia da norma constitucional ao autor, ou seja, a própria decisão no mandado de injunção se encarrega de fazer valer a regulamentação pleiteada. Este era o entendimento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal Carlos Velloso e Marco Aurélio.

Na posição intermediária, julgando-se procedente o mandado de injunção, é fixado prazo de 120 dias para o Congresso Nacional elaborar a norma regulamentadora. Caso este permaneça inerte, o próprio Judiciário se encarrega de fixar as condições do impetrante exercer seu direito. Esta é a posição do Ministro Néri da Silveira, do Supremo Tribunal Federal, e também dos doutrinadores José Afonso da Silva e Regina Quaresma.

Em que pese já ter exposto a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, recentemente, pode-se dizer que houve mudança em seu entendimento, o que significa que, tanto na doutrina dominante quanto nas decisões do egrégio órgão guardião da Constituição, o velho posicionamento não concretista está dando espaço à concretista, especificamente a individual intermediária, ainda que remotamente no órgão supremo, mas com muito

²⁵ SILVA, 2006, p. 159-160.

²⁶ CANOTILHO apud SILVA, 2006, p. 160.

vislumbre.

Para o presente estudo, vale citar o comentário da ementa do julgamento do mandado de injunção:

O Tribunal concluiu julgamento de três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, em que se pretendia fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no artigo 37, VII, da CF (...). O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. No MI 670/ES e no MI 708/DF prevaleceu o voto do Min. Gilmar Mendes. Nele, inicialmente, teceram-se considerações a respeito da questão da conformação constitucional do mandado de injunção no Direito Brasileiro e da evolução da interpretação que o Supremo lhe tem conferido. Ressaltou-se que a Corte, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário. Registrou-se, ademais, o quadro de omissão que se desenhou, não obstante as sucessivas decisões proferidas nos mandados de injunção. Entendeu-se que, diante disso, talvez se devesse refletir sobre a adoção, como alternativa provisória, para esse impasse, de uma moderada sentença de perfil aditivo. Aduziu-se, no ponto, no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora 'solução constitucionalmente obrigatória'. Salientou-se que a disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, no que tange às denominadas atividades essenciais, é especificamente delineada nos artigos 9 a 11 da Lei 7.783/89 e que, no caso de aplicação dessa legislação à hipótese do direito de greve dos servidores públicos, afigurar-se-ia inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro. Assim, tendo em conta que ao legislador não seria dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu-se a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional. Por fim, concluiu-se que, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, seria mister que, na decisão do *writ*, fossem fixados, também, os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliativa, para apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores com vínculo estatutário. Dessa forma, no plano procedimental, vislumbrou-se a possibilidade de aplicação da Lei 7.701/88, que cuida da especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos. No MI 712/PA, prevaleceu o voto do Min. Eros Grau, relator, nessa mesma linha. Ficaram vencidos, em parte, nos três mandados de injunção, os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelos respectivos sindicatos e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Também ficou vencido, parcialmente, no MI 670/ES, o Min. Maurício Corrêa, relator, que conhecia do *writ* apenas para certificar a mora do Congresso Nacional (MI 712, Rel. Min. Eros Grau, MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, e MI 670, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em

25-10-07, Informativo 485).²⁷

A transcrição deste comentário foi apenas para ilustrar a recente mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal. Porém, não foi o único mandado de injunção decidido sob a posição concretista, ainda que lentamente.

Ante todo o exposto no decorrer deste trabalho monográfico, compartilho da posição concretista individual direta.

Por exclusão, irei expor os motivos de não concordar com as demais posições.

Discordo da posição não concretista justamente por violar o princípio maior de nosso ordenamento, qual seja, do Estado Democrático de Direito.

Isto porque entendo que o mandado de injunção deve ter aplicabilidade de modo a tornarem efetivos os direitos previstos no ordenamento maior. Além de entender pela harmonia dos poderes visualizados sob a ótica do sistema de freios e contrapesos, é inadmissível uma posição desta frente a uma grave violação de direitos em decorrência de omissão do Poder Público.

Semelhantemente, na posição concretista geral não há como se vislumbrar uma prestação jurisdicional adequada a este instituto, desta vez não pela inefetividade da decisão, mas porque para esta corrente os efeitos da sentença deveriam ser *erga omnes*, e não *inter partes*.

Não há lógica em deferir um efeito vinculante a todos se apenas um determinado cidadão se viu violado pela omissão legislativa. Ainda, neste caso, entendo que o Judiciário estaria ferindo diretamente o princípio da separação dos poderes, pois aqui estar-se-ia legislando ou regulamentando, função esta incabível ao Poder Judiciário.

Na posição concretista individual indireta, em que pese seus fundamentos versarem numa efetividade da sentença no mandado de injunção, entendo inadmissível pelo fato de que, se decorridos aproximadamente vinte anos da promulgação da Constituição Federal, o Poder competente para regulamentar determinado direito previsto constitucionalmente não o fez, não é em um período razoável de trinta dias ou, que seja, alguns meses, que irá fazê-lo, motivo pelo qual repudio a presente posição. Mas não desmereço seus fundamentos.

Conclui-se, portanto, que a referida mudança é indispensável para que se alcance mais efetividade nos julgamentos do mandado de injunção, fazendo com que a dita garantia

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Injunção nº 712**. Relator: Eros Grau. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 05 maio 2008.

constitucional migre do plano hipotético e venha fazer parte da vida dos cidadãos desfalcados no exercício de seus direitos.

5 CONCLUSÃO

Em que pese o trabalho monográfico versar apenas sobre o instituto do mandado de injunção e nos efeitos de sua concessão, os temas referidos no segundo e terceiro capítulos foram de fundamental importância.

Isto porque, no segundo, foi possível compreender a real valoração das normas constitucionais, levando-se em conta, principalmente, que o mandado de injunção, bem como o conflito que o permeia quando de sua concessão, são exclusivamente de natureza constitucional. Portanto, compreender todo o estudo do constitucionalismo e do direito constitucional é compreender igualmente o valor do referido mandado, dos princípios, direitos e garantias constitucionais que o cercam.

Semelhantemente, o controle de constitucionalidade das normas, tema do terceiro capítulo, possibilitou a análise da inconstitucionalidade proveniente da omissão legislativa, que é objeto do mandado de injunção. Assim, não basta apenas conhecer o mandado como instituto propriamente dito, mas conhecer também a causa sobre a qual incide e o controle que este exerce sobre o ordenamento jurídico brasileiro, na qualidade de garantia constitucional.

No quarto capítulo pôde se observar não apenas um aprofundamento do estudo do mandado de injunção, mas os efeitos que sua concessão abarca dentro do nosso ordenamento jurídico. Fez-se, assim, uma análise crítica do posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente à ineficácia que se mantinha nas decisões do mandado.

Isto se deve ao fato de que a separação dos poderes, importante instrumento no Estado Democrático de Direito, tem sido o grande entrave à conquista da efetividade do mandado de injunção, justamente pela não interferência entre os Poderes. Não obstante, o que se conseguia do mandado de injunção, ao máximo, era uma simples notificação ao Poder competente para que normatize aquele direito invocado ao Judiciário. Persistindo na omissão, decretava-se a mora, e nada mais se poderia fazer.

É repugnante pensar que um remédio constitucional de tamanha importância, previsto dentre as garantias constitucionais, não tenha, de fato, garantia nenhuma. Também porque as ações que declaram a inconstitucionalidade de certa norma ou omissão desta, prevista em capítulo diverso das garantias, não compete ao cidadão comum, exigindo-se uma legitimidade tão restrita que, para tornar efetivo o direito, depende de poucos, muito poucos.

Assim, a importância de se dar efetividade ao mandado de injunção vai além de fazer valer uma garantia constitucional, antes, permite que não apenas poucos, mas todo e

qualquer cidadão comum possa requerer ao Judiciário o exercício de seu direito, dependente dos demais poderes.

Muito se discute a respeito, pois um Estado Democrático de Direito que vise, antes de tudo, garantir os direitos individuais e coletivos, não o estaria fazendo em relação ao mandado de injunção. Porém, tende a doutrina e jurisprudência modificarem tais conceitos, passando desta norma inócua para uma eficaz, de forma que a intervenção do Judiciário não interfira diretamente no Poder competente, mas também se utilize do sistema de freios e contrapesos, dando sua devida prestação jurisdicional, até para dar garantia ao previsto no artigo 5º, inciso XXXV, anteriormente citado.

Pode se considerar um avanço a qualquer cidadão que queira ver seu direito regulamentado, de forma eficaz, sendo, por este motivo, de grande valia o objeto do presente estudo.

Para concluir, faço da célebre indignação de Canotilho minhas palavras:

Resta perguntar como o mandado de injunção ou a ação constitucional de defesa perante omissões normativas é um passo significativo no contexto da jurisdição constitucional das liberdades. Se um 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 atuativas 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 proteção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o ‘rochedo de bronze’, da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará os seus objetivos.²⁸

²⁸ CANOTILHO apud MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 154.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. _____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 maio 2008.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Injunção nº 712** . Ministro Relator: Eros Grau. Brasília, DF. Disponível em:<<http://www.stf.gov.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 05 maio 2008.
- CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2002.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Método, 2007.
- _____. _____. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MEIRELES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- _____. _____. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. _____. 21. ed. São Paulo, Atlas, 2007.
- MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo:

Malheiros, 2004.

_____. _____. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.