



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Os efeitos concretos do Mandado de Injunção no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Thaís da Rocha Rosa

Rio de Janeiro
2011

THAIS DA ROCHA ROSA

Os efeitos concretos do Mandado de Injunção no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Guilherme Sandoval

Neli Fetzner

Nelson Tavares

Mônica Areal

Katia Silva

Rio de Janeiro
2011

OS EFEITOS CONCRETOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

Thais da Rocha Rosa

Graduada pela Unifeso – Centro Universitário Serra dos Órgãos. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O Mandado de Injunção é um remédio constitucional, previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. É uma garantia fundamental para efetivação dos direitos fundamentais, pois a razão da existência desse remédio é assegurar a aplicação do direito quando faltar norma que o regulamente. Como o Mandado de Injunção é aplicado pelo Poder Judiciário, este atua como legislador positivo, o que fez com que, desde a promulgação da Carta de 1988, em respeito ao Princípio da Separação dos Poderes, não fosse efetivado. Atualmente, porém, o Supremo Tribunal Federal vem discutindo a efetividade do Mandado de Injunção e conferindo-lhe aplicabilidade, julgando, de fato, ações de Mandado de Injunção propostas e estabelecendo a Teoria Concreta. A essência deste artigo é analisar a mudança de entendimento da Suprema Corte quanto à aplicabilidade do Mandado de Injunção e seus efeitos concretos.

Palavras-chaves: Direito Constitucional. Mandado de Injunção. Remédio Constitucional. Supremo Tribunal Federal.

Sumário: Introdução. 1. O Contexto Histórico do Mandado de Injunção. 2. O Princípio da Separação dos Poderes 3. O Poder Constituinte Originário, Vontade de Poder, Vontade de Constituição, breves considerações 4. O Remédio Constitucional Mandado de Injunção 5. Efeitos da Teoria Concreta. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade identificar no remédio constitucional Mandado de Injunção, a vontade do poder constituinte originário em consignar na Carta Magna da República Federativa do Brasil, uma garantia de efetivação de direitos fundamentais.

A constituição é o documento jurídico da federação, no qual estão inseridos os anseios da sociedade que compõe demograficamente o estado. O texto constitucional é elaborado pelo poder constituinte originário, que representa o povo. O povo outorga à assembleia constituinte, composta por representantes legitimamente eleitos para essa finalidade, o poder de expressar em um texto suas vontades, necessidades, além de limitar o poder, assegurando-se a democracia.

Quando se analisa o período histórico brasileiro desde a primeira carta constitucional, ainda no período da monarquia (1824), percebe-se que até mesmo nas constituições, promulgadas, que tiveram na elaboração de seu texto a participação popular, nunca houve um instrumento que assegurasse a efetivação das garantias fundamentais.

Não basta que se preveja a obediência hierárquica da Constituição quanto aos direitos nela descritos, há normas na Constituição de eficácia limitada, que dependem de legislação regulamentadora para que possa haver a efetivação no caso concreto e isto obsta a força normativa da constituição, uma vez que a inércia do poder legislativo impede a eficácia de um direito constitucional.

Por isso, será possível observar nas próximas páginas a importância da efetivação do Mandado de Injunção no ordenamento jurídico brasileiro, pois é este remédio que atenderá a finalidade prevista pelo poder constituinte originário, o legítimo representante do povo, de solucionar a falta de regulamentação de direitos essenciais à sociedade.

O trabalho tem como diretriz a discussão acerca da aplicabilidade do Mandado de Injunção. Procura-se entender a importância desse remédio constitucional para a efetivação de

direitos, cuja regulamentação pelo Poder Legislativo ainda não foi efetuada, sendo necessária a ação do Poder Judiciário para uma regulação provisória e eficaz.

Questões essas que contribuirão para a construção de um pensamento crítico sobre o tema, além do aprimoramento do conhecimento jurídico acerca da discussão doutrinária.

1. CONTEXTO HISTORICO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

O Mandado de Injunção¹ foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição da República promulgada em 1988. A promulgação desta Carta significou uma mudança do *status quo* da sociedade brasileira.

Em 31 de março de 1964 houve o Golpe Militar com a deposição do Presidente Civil eleito de forma direta pelos brasileiros. O país passa a ser governado por militares, Costa e Silva foi o Primeiro Militar a governar o país, neste regime político houve a instauração de um regime ditatorial, em que a população não podia participar da escolha de representantes para o governo da Federação.

O documento jurídico que representa a vontade de um povo, no qual se insere a limitação do poder estatal e as garantias para o exercício de uma vida plena é a Constituição, que pode ter seu texto elaborado com participação popular, através das assembleias constituintes, ou ser imposta, por detentores do poder da força, como ocorre nas constituições outorgadas, cujo processo de elaboração não possui participação popular. E o titular do poder constituinte é o povo, nas palavras de Sieyès²:

¹ Artigo 5º, LXXI, da CRFB: 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. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 12 jul. 2011.

² SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. Qu'est-ce que lê Tiers État?. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p.91.

Em toda nação livre – e toda nação deve ser livre – só uma forma de acabar com as diferenças que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria nação. Se precisamos de Constituição, devemos fazê-la. Só a nação tem direito de fazê-la.

O regime autoritário instalado na década de 60 suprimiu garantias fundamentais e utilizou da força para impor vontades políticas, com a publicação de Atos Institucionais.

Apenas com a abertura para a democracia na década de 80 é que começou uma mobilização popular para a feitura do texto constitucional de forma legítima e com “vontade de constituição”, expressões utilizadas por Ferdinand Lassale³.

Na nova e tão esperada Carta de 1988, o artigo referente a garantias e direitos fundamentais merece destaque por sua amplitude e localização no texto, foi inserido logo no começo da Constituição, no artigo 5º, tamanha a importância que o poder constituinte originário dedicou ao tema. Nas palavras de Ulisses Guimarães⁴, presidente da assembleia constituinte, “Tipograficamente é hierarquizada a precedência e a preeminência do homem, colocando-o no umbral da Constituição e catalogando-lhe o número não superado, só no art. 5º., de 77 incisos e 104 dispositivos.”

Não poderia ser diferente, a única forma de um povo lutar legitimamente contra a força de um poder, é limitando-o através de um documento dotado de força normativa, que garanta a efetividade do que está escrito e tenha a capacidade de punir aqueles que não tenham conduta conforme o previsto constitucionalmente. Conforme declarou o Presidente da Assembléia Constituinte: “Não lhe bastou, porém, defendê-lo contra os abusos originários do Estado e de outras procedências. Introduziu o homem no Estado, fazendo-o credor de direitos e serviços, cobráveis inclusive com o mandado de injunção.”⁵

³ LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 45.

⁴ GUIMARAES, Ulisses. *Íntegra do Discurso na Assembleia Nacional Constituinte*. Disponível: <http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RD_13_595_602_Discurso%20do%20deputado%20Ulisses%20Guimar%C3%A3es.pdf> Acessado em 12/07/2011.

⁵ GUIMARAES, Ulisses. *Íntegra do Discurso na Assembleia Nacional Constituinte*. Disponível: <http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RD_13_595_602_Discurso%20do%20deputado%20Ulisses%20Guimar%C3%A3es.pdf> Acessado em 12 jul. 2011.

Alguns estudiosos designam ações autônomas constitucionais como remédios constitucionais, por funcionarem justamente como medidas assecuratórias da garantia de um direito.

Assim, o constituinte originário fez constar como garantias fundamentais os remédios: *habeas corpus*⁶, mandado de segurança⁷, *habeas data*⁸, mandado de injunção⁹ e ação popular¹⁰.

Quando da feitura do texto constitucional houve a preocupação em garantir ao cidadão um instrumento que operacionalizasse a regulamentação de um direito ou garantia constitucional, já que não basta inserir no texto garantias fundamentais sem que haja a possibilidade de efetivação dessas garantias no caso concreto. A falta de aplicabilidade das garantias e direitos fundamentais é motivo de classificação das Constituições quanto à sua efetividade e aplicabilidade, em semânticas e normativas.

Assim, o mandado de injunção é recebido pela nova Carta como um instrumento capaz de garantir a efetivação de direitos, pois sua finalidade é suprir omissão legislativa quanto à regulamentação de direitos fundamentais de eficácia contida ou limitada.

⁶ Artigo 5º LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 12 jul. 2011.

⁷ Artigo 5º LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 12 jul. 2011.

⁸ Artigo 5º LXXII - conceder-se-á "habeas-data": a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 12 jul. 2011.

⁹ Artigo 5º LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 12 jul. 2011.

¹⁰ Artigo 5º LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 12 jul. 2011.

Na década de 70, nos Estados Unidos, já havia o *writ of injunction*, que seria a fonte de inspiração para o mandado de injunção brasileiro. A ação norte-americana não é destinada apenas à supressão de lacunas legislativas, mas tem a força de obrigar o Poder Público a cumprir direitos fundamentais, o que não é possível no Brasil, em razão do respeito ao Princípio da Separação dos Poderes¹¹.

2. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 31 de outubro de 1988, representando para o povo brasileiro a esperança de novos tempos, de democracia e efetividade de garantias e direitos.

Um das características de um Estado Democrático de Direito é a divisão dos Poderes típicos do Estado, referentes à função de legislar, administrar e à função jurisdicional.

Está inserida no texto constitucional a garantia do respeito ao princípio da Separação dos Poderes, o que significa que os poderes devem atuar de forma independente e harmônica. Os Poderes de Estado estão expressos no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

O princípio da Separação dos Poderes surge com a obra o Espírito das Leis de Montesquieu¹², no qual disserta acerca das formas e sistemas de governo, colaborando para a elaboração da ciência política. Montesquieu discorre sobre a concentração do poder estatal nas mãos de um soberano, da monarquia, do absolutismo.

¹¹ Artigo Art. 2º: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 12 jul. 2011.

José dos Santos Carvalho Filho¹³ cita a importância da obra de Montesquieu para a construção do pensamento acerca dos Poderes do Estado:

Compõe-se o Estado de Poderes, segmentos estruturais em que se divide o poder geral e abstrato decorrente de sua soberania. Os Poderes de Estado, como estruturas internas destinadas à execução de certas funções, foram concebidos por Montesquieu em sua clássica obra, pregando o grande filósofo, com notável sensibilidade política para a época (século XVIII), que entre eles deveria haver necessário equilíbrio, de forma a ser evitada a supremacia de qualquer deles sobre o outro.

O poder estatal não pode ser legitimamente efetivado quando há a concentração, das funções básicas de qualquer Estado, como legislativa, executiva e judiciária.

As funções típicas de que cada poder consiste: quanto ao Poder Legislativo em normatizar, elaboração das leis, as quais os cidadãos e o próprio Estado estarão submetidos; quanto ao Poder Executivo em administrar, realizar a administração estatal, que se efetiva com os órgãos administrativos, ministérios, secretarias, de forma direta e de forma indireta, através de autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas; quanto ao Poder Judiciário, cabe a função jurisdicional, a de realizar julgamentos e dirimir conflitos de acordo com a lei, o Estado é chamado pelas partes para interferir nas relações privadas a fim de sanar condutas realizadas contra a vontade da sociedade expressa na legislação.

Ocorre que tais funções também podem ser expressas de forma atípica, nos limites expressos na Constituição, sem que haja ruptura na independência e harmonia dos Poderes, nas palavras do Professor José dos Santos Carvalho Filho¹⁴:

O Legislativo, por exemplo, além da função normativa, exerce a função jurisdicional quando o Senado processa e julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art.52, I, CF) ou os Ministros do Supremo Tribunal Federal pelos mesmos crimes (art.52, II, CF). Exerce também a função administrativa quando organiza seus serviços internos (arts. IV, e 52, XIII, CF). O Judiciário, afora sua função típica (função jurisdicional), pratica atos no exercício de função normativa, como na elaboração dos regimentos internos dos Tribunais (art. 96, I, "a", CF), e de função administrativa, quando organiza os seus serviços (art.96, I, "a", "b", "c"; art. 96, II, "a", "b" etc.). Por fim, o Poder Executivo, ao

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.2.

¹⁴ CARVALHO FILHO. Op Cit., p 2-3.

qual incumbe precipuamente a função administrativa, desempenha também função atípica normativa, quando produz, por exemplo, normas gerais e abstratas através de se poder regulamentar (art. 84, IV, CF), ou, ainda, quando edita medidas provisórias (art. 62, CF) ou leis delegadas (art.68, CF).

A separação dos poderes é o subsídio para a efetivação de um estado democrático, pois não há a concentração do poder outorgado pelo povo, através da legitimação dada pelo voto, o que viabiliza a democracia.

Quando há a concentração das funções típicas do Estado, não há democracia, pois o governo soberano, aquele que irá gerir a administração estatal, não terá os limites impostos pela legislação, não será fiscalizado e tampouco submetido a julgamento, pois as três funções seriam realizadas de acordo com a sua vontade, e não corresponderiam à vontade da sociedade, o que o tornaria um tirano e o Estado em um regime autoritário.

É um tema que deve ser discutido em qualquer sociedade submetida uma Constituição legítima, pois é o respeito a esse princípio que irá garantir a manutenção dos preceitos expressos na Constituição, por isso a importância dos posicionamentos do Guardião da Constituição sobre a Separação dos Poderes.

É fundamental o entendimento acerca do Princípio da Separação dos Poderes, para que se possam compreender de forma crítica, as interpretações quanto à aplicabilidade do Mando de Injunção pelo Supremo Tribunal Federal.

Conforme disserta Gilmar Mendes¹⁵:

Inicialmente formulado em sentido forte – até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam.

Assim, será possível verificar que o fato do Poder Judiciário suprir a omissão legislativa, a fim de assegurar a efetivação de um direito, não deve ser entendido como uma

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p 166.

lesão ao princípio da separação dos poderes, mas um atendimento à vontade maior que é a vontade da Constituição.

Por isso, a seguir se verifica a mudança do entendimento do STF acerca do tema. Após a promulgação da Carta de 1988, entendeu-se que a procedência do mandado de injunção não seria possível, pois o juiz estaria atuando como legislador, ocorria então a comunicação do poder legislativo da mora e necessidade de regulamentação de um direito fundamental.

Será demonstrada a seguir a forma como o STF vem agindo, suprindo a omissão e mantendo de forma equilibrada o princípio da separação dos poderes.

3. O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO, VONTADE DE PODER, VONTADE DE CONSTITUIÇÃO, BREVES CONSIDERAÇÕES

Poder constituinte é sinônimo de constituição de uma nova ordem jurídica, sendo então efeito dessa causa a ruptura radical com uma ordem anterior.

Mais do que isso, esse poder deve ainda traduzir positivamente todos os desejos de uma comunidade.

Nas palavras de Antonio Negri: “No conceito de poder constituinte está a idéia de que o passado não explica mais o presente, e que somente o futuro poderá fazê-lo”¹⁶.

O fim do feudalismo, advento do capitalismo, fim da fé, advento da razão, e império do mercado, acabou por liberar o homem do dogma e prendê-lo à necessidade de acumular

¹⁶ NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p 21.

riquezas. Dentro deste contexto, a busca por direitos capazes de garantir a vida do homem em sociedade, refletiu-se se em lutas e revoluções, como não poderia deixar de destacar a Revolução Francesa, e sua bandeira de garantir a liberdade, a igualdade e a fraternidade, que caracterizou o início da modernidade.

Esses direitos, que posteriormente refletiriam nas conhecidas gerações ou dimensões de direitos fundamentais do homem, necessitam de positivação, ou seja, alcançar status de norma a ser obedecida por toda a sociedade e para aquele que age de forma diversa, ser pelo Estado, punido. Nas palavras de Sieyès¹⁷:

Eu coloco a lei no centro de um globo imenso; todos os cidadãos, sem exceção, estão à mesma distância sobre a circunferência, e ocupam nela lugares diferentes; todos dependem igualmente da lei, todos lhe oferecem sua liberdade e sua propriedade para que as proteja; e é a isto que eu chamo *direitos comuns* dos cidadãos, por onde todos se reúnem. (...) Se nesse movimento geral alguém quiser dominar seu vizinho, ou usurpar sua propriedade, a lei comum reprime este atentado e coloca todos à mesma distância de si.

Essa positivação e a conseqüente ação do Estado garantidor e repressor, se faz da forma estabelecida pelo poder constituinte.

Para J.J. Gomes Canotilho¹⁸ o início da teoria sobre o poder constituinte se dá com John Locke, o “supreme power”:

Embora a expressão “poder constituinte” não surja de forma clara na obra de John Locke. Considera-se que este sugeriu a distinção entre *poder constituinte* do povo reconduzível ao poder de o povo alcançar uma nova “forma de governo”, e o *poder ordinário* do governo e do legislativo encarregados de prover à feitura e à aplicação das leis.

Identifica o autor na obra de Locke como poder constituinte o estado de natureza em que os indivíduos têm uma esfera de direitos naturais anteriores à formação de um Estado e que essa comunidade conferirá o poder supremo ao legislador de forma limitada e específica, a fim de se evitar o arbítrio. E ainda, só o corpo político reunido no povo - o poder supremo é da comunidade não do soberano - terá autoridade política para estabelecer a constituição

¹⁷ SIEYÈS, Op. Cit., p. 118.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 72

política da sociedade. O poder constituinte aparecia associado a um direito de resistência das pessoas sem propriedade.

Após, surge o poder constituinte da Nação como um poder reconstituente de uma nova ordem política com a teoria de Sieyès, citada por Canotilho¹⁹, associada à luta contra a monarquia absoluta, o *pouvoir constituant*:

Os momentos fundamentais da teoria do poder constituinte de Sieyès são os seguintes: (1) recorte de um poder constituinte da nação entendido como poder originário e soberano; (2) plena liberdade da nação para criar uma constituição, pois a nação ao fazer uma obra constituinte, não está sujeita a formas, limites ou condições preexistentes.

Assim, verificam-se as características do poder constituinte: inicial, soberano, ilimitado e incondicionado. Pode-se perceber também que o poder constituinte é ao mesmo tempo desconstituente, uma vez que inicia uma nova ordem, desconstitui a anterior, ou ainda, reconstitui.

De acordo com o professor André Ramos Tavares²⁰ o poder constituinte originário poderia ser designado como “força ou energia constituinte”, “e mais do que isso, aquela que se manifesta como ruptura plena, revolucionária ou que se relacione à independência de um Estado”.

Uma vez instituído, o poder constituinte agirá a fim de formar uma nova ordem social. Isto será efetivado através de um texto, de um documento que contenha todas as normas que reflitam a mudança do *status quo* daquela sociedade. No texto serão observadas normas de caráter constitucional, como as que garantem a efetivação dos direitos fundamentais, como os direitos políticos e os direitos sociais e direitos de solidariedade. Na concepção de Konrad Hesse²¹:

A Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes: o poder militar, representado pelas forças armadas, o poder social representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande industria e pelo grande

¹⁹ CANOTILHO. Op Cit., p. 74.

²⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.27-29.

²¹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p.09.

capital, e, finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais.

Com a formação da Constituição, passa-se a efetivá-la, de fato, na sociedade. Essa efetivação se dará através da ação dos dirigentes estatais, através das funções do Estado, legislativa, executiva e judiciária.

O Estado então, ao passo que torna efetivo o que está escrito no texto constitucional, age de acordo com a vontade de constituição, que reflete na verdade a vontade do povo, que passa a ser o soberano, substituindo assim a Igreja e o Rei.

O problema surge quando essa vontade de constituição é substituída pela vontade de poder. Konrad Hesse²² ao discorrer acerca da força normativa da Constituição destaca então as duas formas de efetivá-la na comunidade: de acordo com a vontade dessa comunidade, a vontade de constituição, e de acordo com a vontade dos representantes dessa organização social, a vontade de poder.

A vontade de poder atende necessariamente aos desejos daqueles que fazem parte da gerência do Estado, compõem, representam as funções estatais, ou ainda, quando nelas não estão presentes, influenciam aqueles que poderão agir de acordo com as conveniências daqueles que possuem maior poder financeiro, social ou político.

Essa ação visará a manutenção no poder de representantes de classes, suprimindo a vontade geral, é assim que se pode observar a vontade de poder, de grupos e não da coletividade. Para Ferdinand Lassale²³ essa Constituição efetivada de acordo com os interesses daqueles que estão no poder, forma a Constituição real, e a Constituição escrita, significa um “mero pedaço de papel”. A Constituição para Lassale é firmada de acordo com a realidade.

²² HESSE. Op Cit., p. 24-27.

²³ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 17.

Realidade dos detentores do poder de atuação do Estado, daqueles que exercerão o poder regulatório do Estado, tendo como objetivo conter a emancipação do homem.

Ainda que tenha havido um poder constituinte que tenha atendido à vontade social, o que será efetivado não é o que está escrito, e sim o que for conveniente para os grupos que estão no poder, situação esta denominada por Lassale²⁴ de fatores reais de poder.

Pois estes fatores irão direcionar a atuação conforme suas vontades e não conforme a Constituição, por isso a expressão de que esta não passa de um pedaço de papel, sem força normativa alguma, dependente de vontades individuais.

Em contraposição a esse pensamento radical de Lassale verificam-se as distinções entre vontades de efetivação da norma constitucional de Hesse,²⁵ que também não descarta a atuação transcendente do Estado:

A historia constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior a força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática.

A Constituição formada pelo Constituinte revela um dever ser, não apenas o ser, possui força normativa. A partir dela todo o sistema jurídico será formado.

Como já relatado, esse texto reflete os desejos de uma coletividade, portanto, está relacionado com a realidade desse corpo social, que é dinâmico, evolutivo, e a Constituição tem que estar preparada para atender à essa evolução, terá que se adequar a novos desejos, vontades e valores que poderão ser formados pela sociedade.

Na verdade, da formação do poder constituinte legítimo até a formação do texto constitucional, observa-se todo um processo complexo e passível de crises entre os elementos que constituem esse procedimento.

²⁴ LASSALLE. Op Cit., p. 20.

²⁵ HESSE. Op Cit., p. 10.

É de suma importância o reconhecimento da efetividade da vontade do poder constituinte, para que seja possível compreender o papel da hermenêutica constitucional acerca do Mandado de injunção.

Os efeitos concretos do Mandado de Injunção refletem em correspondência à vontade de constituição, à vontade do poder constituinte originário.

Limitar a aplicação e negar a produção dos seus efeitos importa em negar a efetividade de normas fundamentais.

4. O REMÉDIO CONSTITUCIONAL MANDADO DE INJUNÇÃO

Entende-se por remédio constitucional a ação, mecanismo, meio processual, previsto pelo constituinte para assegurar a aplicação das garantias e direitos fundamentais.

O Mandado de Injunção, assim como o Mandado de Segurança Coletivo e o *Habeas Data*, foi introduzido no Ordenamento Jurídico Brasileiro na Constituição da República Federativa do Brasil, pelo Poder Constituinte Originário da Carta de 1988, no artigo 5º, inciso LXXI.

O *Habeas Corpus* foi previsto nas Constituições Brasileiras de 1891 (art.72, §22), 1934 (art.113, n.23), 1937 (art.122, n.16), 1946 (art.141, §3º), 1967 (art. 150, §20) e 1988 (art.5º, LXVIII).

O Mandado de Segurança teve previsão nas Constituições de 1934 (art.113, n.33), 1946 (art.141, §24), 1967 (art. 150, §21) e 1988 (art.5º, LXVIII).

A Ação Popular foi introduzida na Constituição de 1934 (art.113, n.38) e prevista nas Constituições de 1946 (art.141, §38), 1967 (art. 150, §31) e 1988 (art.5º, LXXIII).

O Mandado de Injunção tem como requisitos constitucionais: a norma constitucional de eficácia limitada, que prescreve direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania e falta de norma regulamentadora, que torne inviável o exercício dos direitos citados.

Nas palavras de Ulisses Guimarães²⁶, a importância do mandado de injunção:

Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiras, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e autenticidade social do texto que ora passa a vigorar. Como caramujo guardará para sempre o bramido das ondas de sofrimento, esperança e reivindicações de onde proveio. Nós os legisladores ampliamos os nossos deveres. Teremos de honrá-los. A Nação repudia a preguiça, a negligência e a inépcia. Soma-se a nossa atividade ordinária bastante dilatada, a edição de 56 leis complementares e 314 leis ordinárias. Não esquecemos que na ausência da lei complementar os cidadãos poderão ter o provimento suplementar pelo mandado de injunção. Tem significado de diagnóstico a Constituição ter alargado o exercício da democracia. É o clarim da soberania popular e direta tocando no umbral da Constituição para ordenar o avanço no campo das necessidades sociais.

De acordo com Hely Lopes Meireles²⁷ o objeto do Mandado de Injunção é:

[...] 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.

O Mandado de Injunção não pode ser proposto para qualquer tipo de omissão legislativa, apenas nos casos descritos pelo texto constitucional.

A omissão poderá ser absoluta ou parcial. Tem-se por omissão absoluta aquela em que a inércia do legislador impede totalmente a efetivação da norma constitucional.

No caso da omissão parcial, entende-se a execução parcial de um dever constitucional de legislar, podendo ser verificado quando há inconstitucionalidade superveniente, por exemplo.

²⁶ GUIMARAES, Ulisses. *Íntegra do Discurso na Assembleia Nacional Constituinte*. Disponível: <http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RD_13_595_602_Discurso%20do%20deputado%20Ulisses%20Guimar%C3%A3es.pdf> Acessado em 12/07/2011.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.245.

Não é possível a discussão de inconstitucionalidade, ilegalidade ou descumprimento de norma, em sede de Mandado de Injunção.

Qualquer pessoa poderá propor perante o Poder Judiciário o Mandado de Injunção, que possui até mesmo a modalidade coletiva, tendo como legitimados ativos, por analogia ao legitimados do Mandado de Segurança Coletivo, as entidades: partido político com representação no Congresso Nacional (art. 5º, LXX, a), e a organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5º, LXX, b).

O pólo passivo do Mandado de Injunção será sempre o ente estatal que deve regulamentar as normas constitucionais de eficácia limitada.

A competência para o julgamento é do Supremo Tribunal Federal quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio STF, conforme artigo 102, inciso I, “q”, da CRFB.

Será competência do Superior Tribunal de Justiça, o processamento e julgamento do MI, quando a elaboração da norma regulamentadora for de atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, de acordo com o artigo 105, inciso I, “h” da CRFB.

Quanto ao procedimento do Mandado de Injunção, não há Lei regulamentando seu trâmite processual, pelo que se deve aplicar analogicamente o procedimento do Mandado de Segurança, descrito na Lei 12016/2009, conforme orientação jurisprudencial.

É possível a concessão de liminar, nas palavras de Hely Lopes Meirelles²⁸:

²⁸ MEIRELLES. Op. Cit., p. 250.

Entendemos cabível, eventualmente, até mesmo a medida liminar como providencia cautelar para evitar lesão a direito do impetrante do mandado de injunção, desde que haja possibilidade de dano irreparável se se aguardar a decisão final da Justiça. Se tal medida é cabível para a defesa de direito individual ou coletivo amparado por lei ordinária, com mais razão há de ser para proteger os direitos e prerrogativas constitucionais asseguráveis pelo Mandado de Injunção, desde ocorram os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Diferente do Mandado de Segurança, porém, não há no procedimento do Mandado de Injunção decadência ou prescrição para sua impetração, a norma que porventura regulamentar seu rito, no entanto, poderá estabelecer a limitação temporal.

Uma vez sendo o Mando de Injunção uma ação processual, a repetição de ações idênticas, com partes iguais e causa de pedir, importará na extinção da ação por coisa julgada.

A execução do Mandado de Injunção ocorre através de comunicação ao poder, órgão ou autoridade competente para cumprir a ordem judicial. Trata-se de sentença de natureza mandamental que poderá ser feita de ofício com a transcrição completa da decisão a ser cumprida.

Essa decisão só faz coisa julgada entre as partes, não podendo ser aplicada, nem mesmo por analogia as casos semelhantes, vez que do contrário, o Poder Judiciário estaria legislando e haveria a lesão ao Principio da Separação dos Poderes.

O Mandado de Injunção é aplicável a casos concretos, e não possui efeitos vinculantes ou erga omnes.

O primeiro Mandado de Injunção foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 23 de agosto de 1989. Foi proposto por Oficial do Exército contra o Presidente da República, requerendo a disciplina legislativa da duração dos serviços temporários, como exige a Constituição Federal em seu artigo 42, §9º.

O impetrante prestou serviços por nove anos e seria obrigado a integrar a reserva ao completar o décimo ano, caso fosse aplicada a Lei anterior à Constituição, requerendo inclusive a concessão de medida liminar.

A questão foi amplamente discutida, afastou-se a possibilidade de expedição de norma geral ou concreta e a Corte entendeu, firmando jurisprudência, que deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e determinar ao Poder Legislativo que realizasse as providências requeridas.

No Mandado de Injunção número 283, foi pela primeira vez estipulado prazo para que o Poder Legislativo efetuasse a regulamentação pretendida pelo impetrante, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados. Ocorre que ainda que fosse uma forma de compelir o legislador a sanar a omissão, o fato de receber perdas e danos não satisfazia a mora legislativa e a vontade do requerente.

5 . OS EFEITOS CONCRETOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Há quanto aos efeitos do Mandado de Injunção duas posições: a posição concretista e a posição não concretista.

A posição concretista pode ser geral ou individual. A concretista geral importa na normatividade geral, quando o STF legisla no caso concreto, produzindo efeito *erga omnes* até que sobrevenha norma pelo Legislativo.

A posição concretista individual, divide-se em direta e em intermediária. Na direta, a decisão valerá somente para o autor do Mandado de Injunção, na intermediária, o Judiciário fixa prazo para o Legislativo elaborar a norma.

Por muito tempo, no ordenamento jurídico brasileiro, a posição não concretista foi dominante no STF.

Essa posição sofreu, durante todo o tempo em que foi aplicada, críticas da doutrina, uma vez que tornava inócua a prestação jurisdicional da forma como prevista pelo poder constituinte originário.

Percebe-se no MI 107²⁹, cujo Relator foi o Ministro Moreira Aves, a posição não concretista adotada inicialmente pelo STF:

A opinião que sustentava a possibilidade de o Tribunal editar uma regra geral, ao proferir a decisão sobre mandado de injunção, encontraria insuperáveis obstáculos constitucionais. Tal prática não se deixaria compatibilizar com o princípio da divisão de Poderes e com o princípio da democracia. Além do mais, o modelo constitucional não continha norma autorizadora para a edição de regras autônomas pelo juizado, em substituição à atividade do legislador, ainda que com vigência provisória, como indicado pela doutrina. Portanto essa posição revela-se incompatível com a Constituição.

Após esse julgado, o STF avançou em seu entendimento adotando uma posição intermediária, em que no MI 232, relatoria do Ministro Moreira Alves, o pedido de viabilizar o direito à aposentadoria especial, foi imposto no caso de vencimento do prazo estipulado para que o Congresso Nacional editasse a Lei referida no art. 195, §7º, da Constituição da República.

O Ministro Gilmar Mendes³⁰ cita ainda, o ativismo judicial quanto aos critérios de indenização devida aos anistiados (art. 8º do ADCT): “(...) O Tribunal entendeu que, em face da omissão, os eventuais afetados poderiam dirigir-se diretamente ao juiz competente que haveria de fixar o montante na forma do direito comum.”

Caso bastante discutido na jurisprudência e na doutrina é a falta de regulamentação do direito de greve do servidor e a impetração do mandado de injunção para a efetivação. A decisão compatível com o pleito do cidadão se deu em 25 de outubro de 2007, nos MI 670, 708 e 712, nas palavras de Gilmar Mendes³¹:

[...] o Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e, reconhecendo o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 200, p. 1209.

³⁰ MENDES. Op. Cit., p. 1.212.

³¹ MENDES. Op. Cit., p. 1.221.

adequados e prestados de forma contínua, de outro, bem assim, tendo em conta que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada”.

Já no voto no Ministro Marco Aurélio, citado por Pedro Lenza³², no MI721, verificase o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, posicionando o STF quanto à posição concreta do mandado de injunção:

[...] asseverou que cabe ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador.

É possível verificar, portanto, que a vontade do constituinte originário, tem sido atendida. Pode-se perceber com a evolução acerca do entendimento do mandado de injunção pelo STF, guardião legítimo da Constituição, que é possível o equilíbrio entre o princípio da Separação dos Poderes e a efetivação de um Direito Fundamental. Até mesmo a possibilidade da mutação constituição, ou seja, a mudança de entendimento da norma constitucional para adequá-la às novas necessidades e anseios da sociedade, quanto ao tema, responde ao desejo do constituinte.

CONCLUSÃO

Há tempos busca-se harmonia entre os Poderes e efetiva prestação do Estado quanto aos anseios da sociedade. O Estado possui a legitimidade de organização da sociedade, possui

³² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.741.

o dever de retirar a liberdade daqueles que agem contra os limites da legalidade e manter o funcionamento econômico e político de um país.

Ao mesmo tempo em que os cidadãos deixam de fazer “justiça por contar própria” para delegar ao Estado esse poder, caberá ao administrador, ora representante legítimo desse povo, seja qual for o regime e forma de governo escolhido, agir tal qual a vontade da sociedade expressa no texto constitucional.

O texto da Constituição tem como função, além de organizar o Estado, limitar o poder. Os Poderes ou funções estatais devem ser exercidos de forma independente, mais ainda, em harmonia.

O exercício do poder estatal pode ser verificado em diferentes formas, regimes políticos e sistemas de governo. Cada Estado efetivará a função estatal de acordo a vontade dos fatores reais de poder ou da sociedade.

Observa-se na República Federativa do Brasil, uma evolução acerca da efetivação da vontade do poder Constituinte, e o mandado de injunção pode representar a mudança de paradigma.

Como pode ser verificada ao longo da exposição desse artigo, a Constituição de 1988, foi um símbolo de mudança, a luz para um período de trevas e repressão, em que os remédios constitucionais seriam a garantia para manutenção e solidez da democracia.

Atualmente, o STF tem atuado na efetivação de direitos através do mandado de injunção, o ativismo jurídico, deve sim ser efetivado, uma vez que não há usurpação da função legislativa.

A efetivação de direitos através do mandado de injunção, em verdade, é a realização da função constitucional de suprir a omissão do Poder Legislativo.

Verifica-se, no contexto político e social atual, a velocidade das informações e a globalização do conhecimento. A sociedade possui meios de cobrança e fiscalização do exercício do poder estatal.

A crítica à Estados que não atendem à vontade de constituição não possui fronteiras, discute-se no Brasil, por exemplo, punições que atentam contra a dignidade da pessoa humana em países árabes, o que há pouco tempo seria rechaçado, em razão do respeito da estrita legalidade e soberania daqueles países.

Já é um avanço a discussão de temas que possuem conteúdo crítico acerca do poder estatal, o que impede a volta de poderes autoritários e dificulta a realização da vontade de poder de dirigentes estatais.

Assim, espera-se que o mandado de injunção seja apenas mais um exemplo do caminho a ser seguido pelo ordenamento jurídico brasileiro, o de efetivar a vontade de constituição expressa pelo povo, a evolução da representatividade legítima das funções estatais e garantia dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 12 jul. 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional Teoria dos Direito Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa. Qu'est-ce que lê Tiers État?*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.