

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

João Felipe Rosso Schons

**O MANDADO DE INJUNÇÃO E O PRINCÍPIO DA
SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Passo Fundo

2011

João Felipe Rosso Schons

**O MANDADO DE INJUNÇÃO E O PRINCÍPIO DA
SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Me. Adriana Fasolo Pilati Scheleder.

Passo Fundo

2011

Dedico este trabalho a todas as pessoas que, com suas vidas, fazem com que o sol não seja, na minha vida, apenas uma mancha lá no céu.

Tarquínio não se fez eleger nem pelo senado, nem pelo povo. Considerou Sérvio Túlio um usurpador e tomou para si a coroa como um direito hereditário; exterminou a maior parte dos senadores; não consultou mais os que restaram, nem mesmo os convidou para seus julgamentos. Seu poder aumentou, mas o que havia de odioso nesse poder tornou-se ainda mais odioso. Usurpou o poder do povo, criou leis à revelia deste, e até mesmo contra este. Teria reunido os três poderes em sua pessoa, mas o povo lembrou-se em um certo momento que era legislador, e Tarquínio deixou de existir.

RESUMO

O estudo tem o objetivo de traçar um paralelo entre a evolução doutrinária e jurisprudencial da figura do mandado de injunção e o modelo atual de Estado, bem como verificar se a aplicação de efeitos concretos nas decisões que julgam esse remédio constitucional representa afronta ao princípio da separação dos poderes. A pesquisa bibliográfica foi desenvolvida visando estabelecer as circunstâncias em que o mandado de injunção pode ser utilizado, bem como os efeitos que o Supremo Tribunal Federal concede à decisão que julga esse remédio. As decisões mais atuais da Suprema Corte vêm concedendo ao mandado de injunção efeitos concretistas, aplicando ao caso concreto a norma que até então não existia. A isso, alguns juristas vêm tecendo críticas, uma vez que, ao permitir que o Judiciário determine a feitura de normas, estar-se-ia invadindo o âmbito de outro poder, o que representaria uma afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes. No entanto, percebe-se que a concepção clássica da tripartição dos poderes não mais tem lugar nos tempos de hoje, em virtude das necessidades atuais do Estado, devendo a teoria dos “freios e contrapesos” prevalecer, exemplificada, no estudo, através da Justiça Constitucional, mais especificamente, pela aplicação efetiva da Constituição Federal nos julgamentos atuais do mandado de injunção. As conclusões obtidas foram possíveis através da aplicação do método de abordagem dedutivo, que possibilitou que fosse traçado um paralelo entre o conceito clássico de separação dos poderes e os atuais efeitos concedidos às decisões do mandado de injunção.

Palavras-chave: Freios e contrapesos. Garantias constitucionais. Justiça Constitucional. Mandado de Injunção. Separação dos poderes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONTIDAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	09
1.1 Inovações no campo das garantias constitucionais surgidas a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.....	09
1.2 Remédios constitucionais e o surgimento do mandado de injunção.....	18
1.3 Requisitos do mandado de injunção.....	23
2 FUNÇÕES DOS PODERES NO ESTADO MODERNO	26
2.1 O princípio clássico da separação dos poderes	26
2.2 Distinção entre as funções típicas e atípicas dos poderes na Constituição Federal de 1988.....	34
2.3 Freios e contrapesos: a necessidade da interdependência entre os poderes no Estado Democrático de Direito	42
3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ATUAL LEITURA DO MANDADO DE INJUNÇÃO	42
3.1 Natureza Jurídica da decisão do mandado de injunção na doutrina e nos julgados do Supremo Tribunal Federal.....	42
3.2 Nova faceta dada ao instituto a partir do julgamento dos MIs 670, 708 e 712.....	49
3.3 Mandado de injunção como instrumento de efetividade da Constituição.....	54
CONCLUSÃO.....	58

INTRODUÇÃO

Através da promulgação da Constituição Brasileira de 1988, cujo enfoque maior são os direitos fundamentais, foram disponibilizadas à sociedade inúmeras maneiras para garantir e aplicar tais direitos. Exemplo disso é a figura do mandado de injunção, que integra o rol dos chamados “remédios constitucionais”. No entanto, por mais que o texto constitucional conceitue e indique em quais situações é possível aplicar o mandado, não há, de maneira direta, uma indicação dos efeitos das decisões desse remédio, de maneira que coube à doutrina e jurisprudência formular um entendimento acerca da temática.

A evolução doutrinária e, sobretudo, a jurisprudencial acerca do instituto do mandado de injunção trouxe enormes mudanças, principalmente no que se refere aos efeitos das decisões que julgam tal remédio. Como consequência natural de qualquer mudança de entendimento, surgem críticas, que, no caso em apreço, têm como um dos principais embasamentos o argumento de que, caso as decisões conferissem ao instituto uma força normativa, estar-se-ia ofendendo o princípio clássico da separação dos poderes, também garantido no texto constitucional.

Em virtude do teor das críticas tecidas em relação à evolução dos entendimentos, faz-se necessário pesquisar sobre a origem da teoria da separação dos poderes, traçando um comparativo entre sua aplicabilidade nos tempos em que foi elaborada e os tempos atuais, levando em conta a mudança dos modelos de Estado. Para isso, a análise de teorias como a dos “freios e contrapesos”, e o estudo do conceito e funções de cada poder na gerência e administração do Estado são imprescindíveis.

Formada a base teórica sobre o mandado de injunção e o princípio da separação dos poderes, é possível partir para um campo crucial: as decisões dos mandados de injunção no Supremo Tribunal Federal. Existem julgamentos específicos que são considerados marcos para o instituto: MI 107, MI 283, MI 232, MI 670, MI 708 e o MI 712. Cada um deve ser analisado, a fim de se obter o entendimento de como os ministros têm se posicionado acerca dos efeitos das suas decisões.

Além disso, o objetivo, ao analisar as decisões da Suprema Corte, não é apenas constatar as mudanças de entendimento, mas, sim, buscar saber se o mandado de injunção

pode representar uma forma de garantia eficaz na concreção dos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal pela aplicação da Justiça Constitucional.

Inicialmente, no primeiro capítulo, serão abordadas as inovações do constitucionalismo moderno, principalmente a inclusão no texto constitucional dos remédios constitucionais, em especial o surgimento da figura do mandado de injunção. A origem da teoria da separação dos poderes e a sua aplicação no atual modelo brasileiro de Estado serão analisadas no segundo capítulo, juntamente com a teoria dos “freios e contrapesos”.

Finalmente, o terceiro capítulo consistirá na análise da evolução do entendimento do Supremo Federal acerca dos efeitos das decisões que julgam os mandados de injunção, onde se objetivará fazer um *link* entre a atual interpretação da Suprema Corte com o princípio constitucional da separação dos poderes.

Para o desenvolvimento do trabalho será utilizado o método de abordagem dedutivo, uma vez que, a partir da construção lógica da organização estrutural do Estado e do impacto que as decisões dos ministros podem exercer sobre a teoria da separação dos poderes, será possível concluir se existe ou não uma afronta a tal teoria. No que tange ao método de procedimento, o comparativo mostra-se o mais adequado, tendo em vista a necessidade de analisar as divergências existentes na evolução do mandado de injunção, juntamente com a possibilidade, ou não, de aplicação da teoria dos “freios e contrapesos”.

1 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONTIDAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

As constituições sempre foram o espelho da forma como cada Estado se organiza. Além disso, são reflexos da época em que foram promulgadas, sendo verdadeiras respostas aos anseios da população. Assim, é perceptível que, à medida que as sociedades em geral rumam para tempos em que os direitos fundamentais têm enorme importância, as constituições seguem a mesma tendência. Também é indispensável, para que o poder dos governantes não seja irrestrito, que o texto constitucional exista e seja desenvolvido e aplicado com olhos para as proteções e garantias fundamentais dos direitos do homem.

1.1 Inovações no campo das garantias constitucionais surgidas a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988

Desde que os homens começaram a se organizar em sociedades e a figura do Estado começou a tomar forma, é possível perceber a existência de constituições. Inicialmente, no que diz respeito ao aspecto formal, eram apenas ideias não positivadas, que versavam, basicamente, sobre a estrutura e organização da atividade estatal. Num segundo momento, ainda em relação ao mesmo aspecto, percebeu-se a necessidade de registrar em papel tais normas. Existem ainda outros aspectos que evoluíram e contribuíram para a evolução do constitucionalismo, mas os mais importantes são aqueles que dizem respeito à extensão e à finalidade de tais normas.

O movimento constitucional é fruto da evolução histórica e cultural de cada país, pois, teoricamente, o constitucionalismo de cada Estado evolui conforme as suas necessidades mais latentes. Segundo J. J. Gomes Canotilho, o constitucionalismo “é a 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”.¹

Divide-se o constitucionalismo em antigo e moderno. O constitucionalismo antigo tem uma noção de Constituição

¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 51.

extremamente restrita, uma vez que era concebida como um texto não escrito, que visava tão só à organização política dos velhos Estados e a limitar alguns órgãos do poder estatal, com o reconhecimento de certos direitos fundamentais, cuja garantia se cingia no esperado respeito espontâneo do governante, uma vez que inexistia sanção contra o príncipe que desrespeitasse os direitos de seus súditos.²

Além disso, outro fato marcante dos primórdios do constitucionalismo é o de que a participação social era extremamente restrita, resumindo-se àqueles que detinham posses, ou seja, a maioria da população possuía mínima voz ativa no que dizia respeito às atividades do Estado do qual faziam parte. A opressão ainda era muito evidente, sendo impossível afirmar que o poder constituinte era, de fato, do povo.

A partir da necessidade crescente de romper com a intervenção estatal no domínio econômico, surge o constitucionalismo moderno, que, por sua vez, tem como principais precedentes as constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América (1787) e da França (1791), apresentando dois traços comuns marcantes: “organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais”.³ Foi a partir dessa etapa do constitucionalismo que a ideia de que a Constituição deve ser compreendida como uma norma suprema perante as outras normas se evidenciou cada vez mais.

Juntamente com a evolução dos modelos de constituição, observa-se que os modelos de Estado, também passaram a mudar. Como exemplo, pode ser citada a crise do liberalismo, que começou a ocorrer no período pós Primeira Guerra Mundial. Tal consequência é óbvia, uma vez que as constituições, escritas ou não, sempre foram um reflexo da organização societária a que pertencem. Nesse aspecto, destaca-se o surgimento do Estado moderno, ou Estado do Bem-Estar Social, no qual se passou a buscar o desenvolvimento econômico e o bem-estar social. Sendo assim, tarefa impossível de realizar (objetivo do referido tipo de estado) sem a existência de garantias fundamentais.

Outro aspecto que foi consolidado a partir da evolução do constitucionalismo foi o dos direitos fundamentais, que são verdadeiras “armas” de defesa dos cidadãos, pois são garantias escritas de que todas as pessoas têm direito a serem regidas por um governo que não tenha o seu poder de atuação ilimitado. Dessa forma, esses direitos asseguram a participação do povo,

² CUNHA JR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade – Teoria e prática*. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, p. 28.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.

como um todo, no processo que cria as leis que regerá, bem como no que diz respeito à sua posterior aplicação.

Os direitos fundamentais dividem-se em três gerações, cada uma correspondendo basicamente aos preceitos da Revolução Francesa, ou seja, liberdade, igualdade e fraternidade. Os direitos de primeira geração são considerados

aqueles relacionados aos direitos da liberdade. Foram as primeiras regras de libertação do indivíduo reconhecidas por uma constituição. Esses direitos estão intimamente relacionados com a idéia traçada pela burguesia sobre o Estado de Direito. [...] Os remédios constitucionais enquadram-se perfeitamente no rol dos direitos fundamentais de primeira geração. Mais do que isso, são verdadeiros instrumentos de proteção daqueles direitos contra o arbítrio do Poder Público.⁴

Os direitos de segunda geração têm como tema central a “igualdade. O Estado passa a interferir nas relações entre os particulares para conferir igualdade de forças às relações jurídicas”.⁵ O enfoque dado às questões sociais nessa geração levou a que o Estado assumisse uma função de assistência ao social, o que se funde com um dos preceitos do constitucionalismo moderno.

Finalmente, os direitos de terceira geração são resumidos por Adolfo Nishiyama como sendo aqueles que têm como base a fraternidade, sendo relacionados pelo autor da seguinte forma: “o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”.⁶

Foi em meio à propagação dos direitos fundamentais e a uma série de movimentos sociais que surgiram desde a Constituição de 1967 que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, evidenciando a transição do país para o regime democrático. As atitudes autoritárias do governo, evidenciadas na forma como as constituições eram, até então, elaboradas e postas e práticas, deram lugar a uma constituição democrática, que tem como um dos principais objetivos a efetivação do Estado Democrático de Direito. Segundo Flávia Piovesan,

desde o seu preâmbulo, a Carta de 1988 projeta a construção de um Estado Democrático de Direito, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a

⁴ NISHIYAMA, Adolfo Maromu. *Remédios constitucionais*. Barueri: Manole, 2004, p. 12-13.

⁵ Idem, *ibidem*, p. 14-15.

⁶ Idem, *ibidem*, p.16.

justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”. Se, no entender de José Joaquim Gomes Canotilho, a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais são as três dimensões fundamentais do princípio do Estado de Direito, perceber-se-á que o Texto consagra amplamente essas dimensões, ao afirmar, em seus primeiros artigos (arts. 1º e 3º, princípios que consagram os fundamentos e os objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro.⁷

Além disso, tal Constituição é classificada como sendo rígida e não flexível, o que contribui para que lhe seja atribuída uma superioridade hierárquico-normativa, uma vez que

se caracteriza por demandar um processo especial para sua alteração, que se apresenta distinto, mais solene e excessivamente mais complexo e mais difícil do que aqueles previsto para a elaboração das leis comuns, distinguindo-se das chamadas Constituições flexíveis.⁸

A explanação de Afonso da Silva acerca da relação entre constituição rígida e normas constitucionais também merece menção:

O conceito de rigidez, consubstanciado na imutabilidade relativa da constituição, é de fundamental importância na teoria do direito constitucional contemporâneo. Funciona como pressuposto: a) da distinção do próprio conceito de constituição em sentido formal; b) da distinção entre normas constitucionais e normas complementares e ordinárias; da supremacia formal das normas constitucionais. Constitui, também, suporta a própria eficácia jurídica das normas constitucionais. Se estas pudessem ser modificadas pela legislação ordinária, sua eficácia ficaria irremediavelmente comprometida.⁹

Essa característica que possui a Constituição Federal evidencia a supremacia do texto constitucional perante as demais normas, ou seja, que as normas constitucionais são superiores às infraconstitucionais. Os profissionais que dedicam o seu estudo ao direito constitucional comumente citam a clássica ordem jurídica estabelecida por Hans Kelsen (teoria do escalonamento), que consiste justamente na superioridade hierárquica da Constituição Federal e na força que o texto constitucional possui em relação às demais normas:

⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 26.

⁸ CUNHA JR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade – Teoria e prática*. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010, p. 33.

⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 40.

A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.¹⁰

Tal discussão é extremamente importante, uma vez que a análise de casos concretos deve passar, obrigatoriamente, por uma valoração de normas. Atualmente, tem-se a prevalência do entendimento oriundo de um pós-positivismo, ou seja, de que somente as leis não são suficientes para suprir eventuais lacunas, caso o fossem, estar-se-ia permitindo que o juiz decidisse discricionariamente.

A doutrina vem construindo como solução a figura da aplicação de princípios a casos concretos, objetivando o preenchimento das lacunas. Vislumbra-se uma decisão não discricionária, construída e fundamentada a partir da valoração de regras e princípios, com o que será obtida a resposta certa ao caso concreto. Exemplo disso é a constante aplicação de princípios constitucionais (que não são normas, mas muitas vezes recebem tal força) na fundamentação de decisões, independentemente da matéria que se discute, como bem se pode notar em julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.¹¹

¹⁰ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 155.

¹¹ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. LEI ESPECÍFICA PARA CADA OBRA. NECESSIDADE. ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA FISCAL. I. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário, ou seja, na data do pagamento do tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido. Inteligência dos artigos 165 e 168 do CTN. II. Conforme revela a prova recolhida na instrução, deixou o Município de instituir por lei a cobrança da contribuição de melhoria relativa à obra pública em questão, ferindo o disposto no art. 150, III, alínea 'a', da Constituição Federal. É ilegal a cobrança de tributo por simples ato administrativo da autoridade competente, ferindo o princípio da anterioridade ou não-surpresa. Precedente do STJ. Desta forma, é indevida a cobrança do tributo. Nulidade do lançamento. III. O juiz pronunciará de ofício a prescrição. Art. 219, §5º. Do CPC. Apelação parcialmente provida. Prescrição reconhecida de ofício de parte do tributo indevido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70035604479, Julgado em 21/07/2010)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO CUMULADA COM COBRANÇA. PROVA TESTEMUNHAL. No ordenamento jurídico pátrio vige o princípio do livre convencimento fundamentado do juiz. Assim, não é vedado ao magistrado, no exercício de seu poder instrutório, determinar ou dispensar a produção das provas que entender necessárias ou despiciendas ao deslinde da controvérsia (CPC, arts. 130, 131 e 330). AGRAVO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento Nº70038788188, Julgado em 28/10/2010)

Observa-se que, ao discorrer sobre os direitos fundamentais contidos no texto constitucional de 1988, é imprescindível citar o artigo 5º, que faz parte do capítulo intitulado “Dos direitos e deveres individuais coletivos”. Tal dispositivo enumera uma série de princípios e garantias que servem, juntamente com outros contidos na Carta brasileira, como um norte para o processo de legiferação e aplicação do direito como um todo. A intenção de atribuir a tais preceitos uma conotação de norma superior em relação às normas infraconstitucionais é tanta que o parágrafo primeiro do artigo 5º tem a seguinte redação: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. No entanto, há de se salientar que tal norma não possui caráter absoluto, pois existem incisos do artigo 5º, por exemplo, que fazem referência à regulamentação de lei, como é o caso do disposto no inciso XIII: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Isso significa dizer que toda e qualquer norma constitucional é dotada de eficácia. No entanto, essa eficácia pode, em alguns casos, estar sujeita a alguma outra disposição legal.

A doutrina estabeleceu uma classificação das normas quanto à sua eficácia e aplicabilidade, sendo a mais utilizada a de José Afonso da Silva, que discrimina as normas em: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida, e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. O primeiro grupo corresponde às “normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais, todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, por que esse criou, desde logo, uma normatividade pra isso suficiente”.¹² O segundo grupo diz respeito às normas que também “incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias.”¹³ E, finalmente, o terceiro grupo, que é representado por todas as normas que com a sua simples entrada em vigor “não produzem todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou outro órgão do Estado.”¹⁴

¹² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, p. 82.

¹³ Idem, *ibidem*, p. 82.

¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 82-83.

Os responsáveis por instrumentalizar a eficácia das normas o devem fazê-lo quando necessário. Não é essa uma faculdade, mas, sim, um dever de evitar que o conteúdo dessas normas seja vazio. Quando ocorre a inércia de prerrogativas constitucionais, segundo José Roberto Batista, “surge o que se denomina síndrome da inefetividade das normas constitucionais, fenômeno que acarreta o esvaziamento do conteúdo de tais normas.”¹⁵

No tocante às formas de controle de constitucionalidade dos atos ou omissões do poder público, Dirley Cunha destaca que, por meio do uso do direito comparado, os principais critérios que podem ser adotados para o discernimento dos diferentes modelos são:

Quanto ao parâmetro do controle;
 Quanto ao objeto do controle;
 Quanto ao momento da realização do controle;
 Quanto à natureza do órgão com competência para o controle;
 Quanto ao número de órgãos com competência para o controle;
 Quanto ao modo de manifestação do controle;
 Quanto à finalidade do controle.¹⁶

No Brasil, o parâmetro do controle usado é a regra, ou seja, “toda a Constituição formal, incluindo os princípios e regras implícitos.”¹⁷ O objeto pode ser o tanto os atos normativos, quanto os atos concretos do poder público. O momento da realização do controle é, em regra, repressivo ou sucessivo (*a posteriori*), podendo ser preventivo. Tal critério é extremamente importante para o presente estudo, uma vez que, como se verá, os remédios constitucionais atuam de maneira repressiva, pois ocorrem somente após um ato já ter sido elaborado. Conceitua J. J. Canotilho:

Na hipótese de o acto normativo ser um acto perfeito, pleno de eficácia jurídica, o controlo sobre ele exercido é um controlo sucessivo, ou *a posteriori*. O exame de fiscalização de constitucionalidade fez-se, assim, num momento sucessivo ao “aperfeiçoamento” do acto normativo, isto é, à sua promulgação, referendo, publicação e entrada em vigor.¹⁸ (grifo do autor)

A natureza do órgão que tem a competência para exercer o controle de constitucionalidade é a judicial ou jurisdicional, pois é “desempenhado por órgãos integrantes

¹⁵ BATISTA, José Roberto Torres da Silva. *A nova configuração do mandado de injunção*. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br>. Acesso em 18 abril. 2008.

¹⁶ CUNHA JR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade – Teoria e prática*. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010, p. 95-103.

¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 95.

¹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 893.

da estrutura do Poder Judiciário.”¹⁹ Já, em relação ao número de órgãos com tal competência, no Brasil usa-se a modalidade mista ou eclética,

que é aquela onde o controle pode ser simultaneamente difuso e concentrado. (...) o controle difuso pode ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, independentemente da instância ou grau de jurisdição (juízes e tribunais). Já o controle concentrado, só pode ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal (de leis e atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição Federal), ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados (de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual).²⁰

O modo de manifestação pode ser por via incidental, por via principal, abstrata ou concreta. Finalmente, o controle pode ser subjetivo ou objetivo. É subjetivo “quando a finalidade de seu exercício é tão-somente a defesa de um direito ou interesse subjetivo da parte [...]. É objetivo quando, por outro lado, o controle se destina exclusivamente à defesa objetiva da Constituição.”²¹ Tal controle se revela como um contrapeso em relação à crise pela qual o direito como um todo passa. Sobre essa crise, Lênio Streck afirma:

A crise do modelo (modo de produção de Direito) se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em nossos Códigos (civil, comercial, penal, processo penal e processual civil, etc.). Esta é a crise de modelo (ou modo de produção) de Direito, dominante nas práticas jurídicas de nosso tribunais, fóruns e doutrina.²²

Além disso, num país como o Brasil, onde o regime democrático se revela em muitas circunstâncias como falho ou insuficiente para atender a todas as necessidades da população, a existência do controle de constitucionalidade é imprescindível, uma vez que

a defesa e a promoção dos direitos fundamentais e democráticos não se compreendem dentro de um Estado sem mecanismos que assegurem o controle a aplicação de tais direitos. (...) Na verdade, a insuficiência da democracia em realizar os direitos fundamentais, até o presente momentos, não retira a sua validade, pois se trata de um conceito histórico, tanto quanto os valores que ela busca assegurar. Entretanto, vale dizer, que é de grande importância para o próprio ideal democrático,

¹⁹ CUNHA JR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade* – Teoria e prática. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010, p. 99.

²⁰ Idem, *ibidem*, p. 100.

²¹ Idem, *ibidem*, p. 103.

²² STRECK, Lênio Luiz. *Heremênutica jurídica e(m) crise*. 4. Ee., Poro Alegre: Livraria do Advogado, p. 34.

que tais valores necessitam de garantias de realização dentro deste processo, sob pena da democracia não se efetivar em toda a sua plenitude.²³

Diante do exposto, fica evidente que a real efetivação da democracia é um dos principais caminhos a serem trilhados para evitar qualquer resquício dos Estados autoritários e absolutistas. O Estado Democrático de Direito não irá existir se, ao mesmo tempo, não existir o respeito às garantias elencadas na Constituição.

O Estado Democrático de Direito no Brasil não é, no entanto, completamente falho. Como exemplos, podem-se citar a não intervenção do Estado em negócios jurídicos, a submissão dos administradores ao texto legal, a possibilidade cada vez maior dada às pessoas de transigirem sem necessidade de serem “amparadas” pelo Estado e a aplicação efetiva do princípio da legalidade. No entanto, onde o modelo mais se revela falho é no campo da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos seus principais nortes.

O texto contido na Constituição Federal de 1988 possui um cunho totalmente voltado às garantias e direitos fundamentais. A sociedade, no entanto, clama pela aplicação dessas garantias, uma vez que o Estado, corriqueiramente, não cumpre com o seu papel de dar respostas aos anseios e às necessidades dos seus administrados. Para essas mesmas pessoas, a descrença com que o texto constitucional é visto é muito grande, transformando a Carta política, que é a lei suprema, num mero compêndio de ideias utópicas. Desse modo, a referida crise, exemplificada nas palavras de Lênio Streck, afeta tanto o direito quanto o Estado. A partir do momento em que se constata a existência dessa crise, a democracia, que é um dos fundamentos principais do modelo Estado Democrático de Direito, fica abalada, instaurando-se, dessa forma, um ciclo vicioso, no qual o Estado não consegue cumprir aquilo que lhe compete, o direito não assiste a todos e a população, por sua vez, apenas vê as dificuldades e disparidades sociais aumentarem. Destaca Mendonça Livia Coelho:

A chamada crise do Direito no Brasil pode ser atribuída, entre outras coisas, ao esgotamento dos paradigmas modernos de cunho lógico-individualista, bem como ao abismo existente entre aquilo que o texto constitucional assegura e aquilo a que a sociedade de fato tem acesso. Tal panorama une-se, ainda, aos questionamentos quanto à credibilidade dos três Poderes institucionalizados, em decorrência dos sucessivos escândalos de corrupção envolvendo seus membros nos últimos anos. Daí a relevância assumida pela Jurisdição Constitucional, por meio do controle de

²³ BRAGHIROLI, Fernanda. Justiça constitucional: a forma garantidora do Estado Democrático de Direito e sua necessária intervenção na busca da concretização dos direitos fundamentais. *Direito e Democracia*, Canoas: Centro de Ciências Jurídicas/Universidade Luterana do Brasil, v. 9, n. 1, 2008, p. 111.

constitucionalidade e dos chamados remédios constitucionais, para a salvaguarda da supremacia do Texto Maior.²⁴

É nesse aspecto que a figura do controle de constitucionalidade cumpre um papel importantíssimo. Num país onde as dificuldades sociais são tão grandes, a garantia de que os preceitos constitucionais serão aplicados é a única maneira de vislumbrar mudanças efetivas. Em julgamento de recurso extraordinário, cujo trecho é colacionado a seguir, o ministro Celso de Mello discorreu sobre a temática:

A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.²⁵

A visão de que a Constituição é um meio pragmático e formal, onde se encontram apenas regras que servem como “base” ao restante do ordenamento jurídico, não deve mais prosperar, em face da necessidade de dar eficácia ao texto constitucional, visando à vinculação de seus princípios a todo direito. Não se pode deixar de mencionar que, em virtude do Brasil ter tido, de maneira geral, uma evolução social, econômica, tecnológica e educacional tardia, em comparação aos países de “Primeiro Mundo”, é necessário que essa efetividade que se busca observe em sua aplicação todas as particularidades e especificidades sociais existentes.

1.2 Remédios constitucionais e o surgimento do mandado de injunção

É nesse aspecto, da necessidade de aplicar os direitos fundamentais, juntamente com a eficácia e aplicabilidade de determinadas normas constitucionais, que surge a figura dos remédios constitucionais, que funcionam, basicamente, como instrumentos de correção de

²⁴ COELHO, Mendonça Livia. A (re)dimensão do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito brasileiro: considerações sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal em decisões de mandado de injunção. *Revista jurídica da presidência*. Brasília, v. 12, no 95, p. 60.

²⁵ RE 482611 / SC - SANTA CATARINA, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 23/03/2010.

determinadas ações ou omissões do poder público em detrimento dos interesses individuais. É uma maneira de exercer, por meio de um controle repressivo e que tenha o poder de retirar a norma inconstitucional do mundo jurídico, o controle de todo o ordenamento jurídico, a fim de que os direitos constitucionais sejam exercidos. É o meio mais utilizado para declarar a inconstitucionalidade. Sobre a temática, José Afonso da Silva explica que

a Constituição inclui entre as garantias individuais o direito de petição, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação popular – aos quais se vem dando, na doutrina e na jurisprudência, o nome de “remédios de direito constitucional”, ou “remédios constitucionais”, no sentido de meios postos à disposição dos indivíduos para provocar a intervenção das autoridades competentes visando a sanar, corrigir, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais. (...) E mais: tais remédios atuam precisamente quando as limitações e vedações não foram bastantes para impedir a prática de atos ilegais e com excesso de poder ou abuso de autoridade. São, pois, espécies de garantias, que, pelo seu caráter específico e por sua função saneadora, recebem o nome de “remédios constitucionais”, pois consignados na constituição.²⁶

A fim de dar uma maior efetividade e segurança jurídica aos remédios constitucionais, existem princípios processuais que lhes são aplicáveis. Segundo Adolfo Maromu Nishiyama, são “a isonomia, o acesso ao Poder Judiciário, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural, a publicidade dos atos processuais, a motivação das decisões judiciais, o duplo grau de jurisdição e a proibição de provas ilícitas.”²⁷

Os remédios constitucionais são uma espécie do gênero “garantias fundamentais”, e assim, enquadram-se como cláusulas pétreas, ou seja, fazem parte dos limites impostos pelo Poder Constituinte Originário no que diz respeito à alteração do texto constitucional por meio de emendas. Cumpre salientar que a existência de cláusulas pétreas não representa, ao contrário do que defendem alguns autores, uma afronta à soberania popular, muito menos simboliza um resquício de absolutismo estatal, como sabiamente elucida Gilmar Mendes:

Uma concepção conseqüente da idéia de soberania popular deveria admitir que a Constituição pode ser alterada a qualquer tempo por decisão do povo ou de seus representantes. Evidentemente, tal entendimento levaria a uma instabilidade da Constituição, a despeito das cautelas formais estabelecidas para eventual mudança. (...) Não se pode negar, porém, que a aplicação ortodoxas dessas cláusulas, ao invés de assegurar a continuidade do sistema constitucional, pode antecipar a sua ruptura,

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.161.

²⁷ NISHIYAMA, Adolfo Maromu. *Remédios constitucionais*. Barueri: Manole, 2004, p. 21.

permitindo que o desenvolvimento constitucional se realize fora de eventual camisa de força do regime da imutabilidade.²⁸

Devidamente esclarecido esse ponto, passa-se à explicação de tais instrumentos.

Os remédios constitucionais dividem-se em: *habeas-corpus*, *habeas-data*, mandado de segurança, ação popular e mandado de injunção. A fim de buscar um maior entendimento da dimensão e importância desses mecanismos de instrumentalização de direitos constitucionais, discorre-se, sucintamente, sobre cada um deles, com exceção do mandado de injunção, que, por ser objeto do presente estudo, merece um enfoque mais amplo.

O *habeas corpus*, previsto no artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal²⁹, é uma ação gratuita que pode ser impetrada por qualquer pessoa, de maneira preventiva ou liberatória. Nas palavras de Alexandre de Moraes, este *writ* consiste numa “garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo - o direito do indivíduo de ir, vir e ficar.”³⁰

O objeto do *habeas data* (artigo 5º, LXXII, Constituição Federal³¹), por sua vez, na concepção de Firmin Prats, é

proteger a esfera íntima dos indivíduos (a) contra usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos; (b) contra a introdução nesses registros de “dados sensíveis” (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual, etc.); (c) para retificação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei.³²

A Constituição Federal, em seu artigo 5, LXIX, prevê o mandado de segurança, que, segundo Hely Lopes Meirelles,

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – Estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 435-436 e 442.

²⁹ Art. 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.

³⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 138.

³¹ Art. 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 prefera fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

³² PRATS, Firmin Morale. La tutela penal de la Intimidad: “Privacy” e Informática. In: SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.168.

é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por hábeas corpus ou hábeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria que for e sejam quais forem as funções que exerça.³³

Considerando a natureza jurídica do mandado de segurança, bem como do mandado de injunção, que será vista a seguir, é pertinente a diferenciação entre os dois institutos feita por Hely Lopes Meirelles na mesma obra:

Não se pode confundir o mandado de injunção com o mandado de segurança, visto que os objetivos de cada um são diversos. Toda matéria passível de mandado de segurança não é solucionável por mandado de injunção e vice-versa. O mandado de segurança protege qualquer lesão a direito individual ou coletivo, líquido e certo; o mandado de injunção somente protege as garantias fundamentais constitucionalmente especificadas na Carta Magna (CF, art. 5º, LXXI). [...] O mandado de segurança há que se basear em norma legal, previamente estabelecida, e o mandado de injunção só é cabível por falta de norma pertinente.³⁴

A ação popular é um meio constitucional que pode ser utilizado por qualquer cidadão para que seja obtida a invalidação de qualquer ato do poder público. É um meio utilizado para fiscalização do patrimônio público. Nishiyama destaca que o objeto dessa ação é a “anulação de 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. Na Constituição Federal, essa ação está prevista no artigo 5º, LXXIII.”³⁵

Finalmente, tem-se o mandado de injunção, cuja previsão se encontra, inicialmente, no artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal³⁶. Além desse dispositivo, existem outras normas que tratam desse remédio na Carta: artigo 102, I, alínea “q”; artigo 102, II, alínea “a”; artigo 105, I, alínea “h”, e artigo 121, § 4º, V³⁷, que tratam sobre a competência para julgamento do mandado de injunção.

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31. ed, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 25 e 26.

³⁴ Idem, *ibidem*, p. 259 e 263.

³⁵ Art. 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;

³⁶ Art. 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;

³⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

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

O mandado de injunção foi criado com o “objetivo de aparelhar o cidadão com instrumento para que pudesse exercer, de forma plena, direitos e prerrogativas obstaculizados por falta de norma regulamentar.”³⁸ Foi a maneira encontrada para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais elencados no texto constitucional, possuindo estreita relação com o §1º do artigo 5º da Constituição Federal . Segundo José Afonso da Silva,

é uma nova garantia instituída no art. 5º, LXXI, da CF de 1988. Constitui um remédio ou uma 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.³⁹

No que tange à sua origem histórica, a doutrina não é unânime, conforme indica Dirley Cunha:

De referência à sua origem, a doutrina diverge. Alguns autores buscam apontar o direito anglo-americano como a fonte de inspiração para a criação do nosso mandado de injunção.

[...] Ainda há que vêem no direito alemão a origem do mandado de injunção.

[...] Não faltou, outrossim, quem vislumbrasse a origem do instituto na própria ação direta de inconstitucionalidade por omissão do direito português.

[...]É inegável que se cuida de uma criação brasileira, sem similar no direito comparado.⁴⁰

Explica Alcântara Machado:

Nosso mandado de injunção é um instrumento processual singular, com particularidades exclusivas, não se confundindo com nenhum outro existente no direito contemporâneo. Embora com raízes nos institutos destacados, os remédios

II - julgar, em recurso ordinário:

o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

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

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

§ 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

V - denegarem "habeas-corpus", mandado de segurança, "habeas-data" ou mandado de injunção.

³⁸ QUINTAS, Fábio Lima. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito público*: Brasília, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, 2005, p. 86.

³⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.165.

⁴⁰ CUNHA JR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade – Teoria e prática*. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010, p. 121-122.

jurídicos encontrados na experiência do direito comparado têm natureza diversa do mandado de injunção, sendo incabível fazer-se referência à situação de “transplante jurídico”. (grifo do autor)⁴¹

Toda e qualquer pessoa, bem como os entes coletivos, que seja titular de um direito fundamental que não esteja sendo exercido em virtude de uma omissão do poder público possui legitimidade para propor o mandado de injunção. No tocante à legitimidade passiva, o Supremo Tribunal Federal possui o entendimento de que deve figurar no polo passivo o órgão ou a autoridade responsável por expedir norma regulamentadora, ou seja, somente pessoa estatal, não havendo lugar para particulares. O litisconsórcio passivo entre os entes estatais e particulares é descartado, como bem destaca Alexandre de Moraes: “A natureza jurídico-processual do instituto não permite a formação de litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo, entre particulares e entre estatais.”⁴²

A natureza jurídica da decisão do mandado de injunção, portanto, é alvo de inúmeras interpretações, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, e será alvo de estudo no último capítulo.

1.3 Requisitos do mandado de injunção

Pode-se dizer que são dois os requisitos para que seja viável aplicar o mandado de injunção: falta de norma regulamentadora e inviabilidade para exercer os direitos e garantias inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

O texto legal faz menção à “ausência de norma regulamentadora”. A interpretação do que significa norma regulamentadora deve ser feita *latu sensu*, ou seja, não se devem considerar apenas aos atos do legislativo, mas, sim, a qualquer atitude necessária para que uma norma constitucional seja dotada de eficácia. O conceito de norma regulamentadora, segundo Dirley Cunha,

é abrangente de atos administrativos concretos e fatos administrativos, pois a ausência de uma ordem de serviço (ato administrativo concreto) para a implementação de um determinado serviço público (fato administrativo) pode,

⁴¹ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção*: um instrumento de efetividade da constituição. São Paulo: Atlas, 1999, p. 138.

⁴² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 182.

fatalmente, inviabilizar o exercício de um direito fundamental, como aqueles que carecem de providências materiais do poder público (...). E a omissão dessas providências consiste indubitavelmente na falta de norma regulamentadora. (...) Seu conceito alcança toda “medida” necessária para tornar viável um direito fundamental.⁴³

Dessa forma, considerando o contexto em que o mandado de injunção se insere, bem como o objetivo para que foi criado na Constituição Federal, nada mais natural do que dar essa interpretação ao que significam normas regulamentadoras. A partir de uma interpretação abrangente, esse remédio terá mais “oportunidades” de ser usado por aqueles que necessitam ativar a jurisdição constitucional em virtude de alguma omissão do poder público.

Um dos requisitos para que seja possível utilizar o mandado de injunção é a necessidade de inviabilidade de exercício de direitos e garantias constitucionais inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania. Inicialmente, discorre-se acerca do último pressuposto: a cidadania.

Segundo Alexandre de Moraes, “a cidadania representa um status e apresenta-se simultaneamente como objeto e um direito fundamental das pessoas.”⁴⁴ Juntamente com a dignidade da pessoa humana, a cidadania é o fundamento que serve como alicerce para o Estado Democrático de Direito, pois se trata de um ato de inserção do indivíduo na sociedade que integra, objetivando a harmonia entre os interesses coletivos. Significa dizer que todo cidadão terá conhecimento dos direitos e deveres elencados na Constituição Federal. Saber quais são os direitos é imprescindível para a efetivação dos princípios desse modelo de Estado, ao passo que ter conhecimento dos direitos contribui para a harmonia entre os indivíduos entre si e para com o Estado, a fim de que se possa obter legitimidade nas ações dos entes públicos.

A nacionalidade, por sua vez, é o vínculo que cada indivíduo possui com o Estado a que pertence. Nas palavras de Alexandre de Moraes,

nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal este Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos.⁴⁵

⁴³ CUNHA JR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade – Teoria e prática*. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010, p. 124/125.

⁴⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 50.

⁴⁵ Idem, *ibidem*, p.213.

Dessa forma, para que qualquer pessoa possa usufruir dos direitos fundamentais a que tem direito, é fundamental que a mesma esteja ligada a determinado Estado, devendo cumprir com suas obrigações e podendo exigir, quando necessário, aquilo que o texto constitucional previu.

Finalmente, o conceito de soberania confunde-se com o conceito de Estado. O Estado que não é soberano não pode ser considerado Estado. Num Estado Democrático de Direito, a soberania é exercida por meio do processo democrático, sendo importantíssima para esse modelo de Estado. Segundo Norberto Bobbio, a

soberania do povo, que se manifesta no seu poder constituinte, pelo qual, através da Constituição, define os órgãos e os poderes constituídos e instaura o ordenamento, onde estão previstas as regras que permitem sua transformação e aplicação. O poder constituinte do povo conhece já procedimentos satisfatoriamente consolidados (...), capazes de garantir que a nova ordem corresponda à vontade popular. É justamente por este motivo que o poder constituinte do povo, que instaura uma nova forma de Estado, pode ser encarado como a última e mais amadurecida expressão do contratualismo democrático.⁴⁶

Com base na exposição dos requisitos constitucionais para que o mandado de injunção possa ser utilizado, ficou claro que as hipóteses são amplas, o que confere ao instituto enorme poder para aqueles que têm seus direitos omitidos. A omissão de qualquer preceito constitucional revela-se como uma verdadeira inconstitucionalidade, devendo ser veementemente combatida por todos aqueles que fazem o direito. Conforme exposto nesse capítulo, a ação direta do Poder Judiciário é uma tendência a ser seguida no combate às inconstitucionalidades nas suas mais variadas formas, motivo pelo qual serão estudadas no próximo capítulo a criação e a evolução do princípio da separação dos poderes.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, v. 2, p. 1185.

2 FUNÇÕES DOS PODERES NO ESTADO MODERNO

Independentemente da época, da nacionalidade e do tipo de Estado, todos os governados esperam que os seus governantes atuem de maneira a garantir os direitos fundamentais. No entanto, em governos autoritários, que possuem uma quantidade de poder irrestrito, tal atuação acaba por ser uma utopia. Felizmente, estudiosos desenvolveram, ao longo do tempo, uma teoria que se aplica na organização das funções dos Estados e auxilia em muito no combate às arbitrariedades daqueles que detêm o poder. Essa teoria se chama a “separação” ou “tripartição dos poderes”.

2.1 O princípio clássico da separação dos poderes

Conforme a figura do Estado foi se desenvolvendo, foi possível concluir que aqueles que detinham o poder sempre se mostravam inclinados a proteger interesses de determinadas classes, usufruindo os instrumentos de que dispunham, frutos de determinada posição política a que pertenciam. Hoje, é possível perceber que certas ações apenas mascaravam o absolutismo, que pairou por muito tempo em praticamente todas as nações. Como exemplo e a título de ilustração, é possível citar, nos ensinamentos de Eduardo Domingos Bottallo, a forma como a Inglaterra era governada nos primórdios do século XVII:

Quando a rainha Elizabeth I, última descendente da casa dos Tudors, assumiu o trono da Inglaterra, o governo parlamentar que vigorava neste País era uma mera ficção.

O Parlamento era convocado, como simples formalidade, somente quando o soberano pretendia decretar medidas de aceitação duvidosa, ou então quando o utilizava para mascarar, com o rótulo de “concessões voluntárias dos representantes do povo”, as desapropriações e outras medidas tendentes a robustecer os proventos da coroa.

O pseudopoder legislativo corporificado no Parlamento prestava-se, desta forma, a quase tudo: suas convocações eram irregulares e as legislaturas desenvolviam-se por períodos muito breves; a interferência do trono nas eleições fazia com que as duas câmaras parlamentares fossem preenchidas quase que exclusivamente por bajuladores; todos os instrumentos eram válidos para o soberano obter o apoio do órgão representativo, desde a adulação e o suborno, até o engodo e a ameaça.

Assim a manutenção do Parlamento não se justifica a não ser como astuta manobra do soberano para disfarçar o seu absolutismo.⁴⁷

A figura de Estado que se abstrai da leitura do trecho supra, é apenas o exemplo de uma sociedade, a inglesa. No entanto, tais manobras políticas, que podiam acontecer desde o processo eleitoral até o de legislação, bem como as de aplicação das normas, faziam-se presentes em muitos modelos de Estado, inclusive no Brasil, em momentos anteriores à concretização do Estado Democrático de Direito.

Como uma das formas existentes e desenvolvidas com o intuito de combater as arbitrariedades estatais, bem como qualquer afronta à dignidade da pessoa humana, estudiosos como Aristóteles, John Locke e Montesquieu desenvolveram, ao longo do tempo, a teoria da divisão dos poderes, pela qual as funções estatais foram divididas em três: legislação, administração e jurisdição, correspondentes aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente.

Segundo Alexandre de Moraes, a teoria

foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada, posteriormente, por John Locke, no Segundo tratado de governo civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O espírito das leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal.⁴⁸ (grifo do autor)

Muito se atribui ao francês Montesquieu a autoria da teoria da tripartição dos poderes. No entanto, existem divergências quanto à paternidade de tal teoria, uma vez que “ela nada tinha de inovador, limitando-se a retomar as constatações aristotélicas para afirmar que em todo Estado há três funções: a legislativa, a executiva e a judiciária”.⁴⁹

47 BOTTALLO, Eduardo Domingos. Teoria da divisão dos poderes: antecedentes históricos e principais aspectos. *Revista da faculdade de direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, ano 12, n. 14, 2008, p. 128.

48 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 410.

49 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Granda. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1, p. 163.

Tendo em vista o destaque que é dado à teoria de Montesquieu nos ensinamentos jurídicos, a tripartição dos poderes, na concepção clássica, será abordada no presente estudo a com base em sua obra.

A teoria da separação dos poderes foi abordada por Montesquieu em 1748, no livro “*O Espírito das Leis*”. A obra aborda a forma como os homens se relacionam com as leis, sejam as criadas por ele mesmo, sejam as leis naturais, inerentes à simples existência humana. A teoria, que, em apertada síntese, consiste na divisão ou separação dos poderes dos Estados em Poder Judiciário, Poder Legislativo e Poder Executivo, é abordada por Montesquieu no capítulo “Livro XI”, que possui a seguinte denominação: “Das leis que formam a liberdade política quanto à sua relação com a constituição”.

Conforme explanado anteriormente, a teoria tem, no seu âmago, como principal objetivo o combate às variadas formas de autoritarismo, uma vez que os poderes devem ser harmônicos e independentes entre si. A repartição dos poderes “impede o arbítrio, ou ao menos o dificulta sobremodo, porque só pode ocorrer se se der o improvável conluio de autoridades independentes.”⁵⁰

São várias as passagens isoladas que podem ser extraídas da obra de Montesquieu e que possibilitam a abstração do que o autor objetivava ao desenvolver a sua teoria. Do seguinte trecho, a título de exemplificação, percebe-se a importância da existência da separação dos poderes para que a democracia prevaleça em relação ao autoritarismo:

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder do executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exerce estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.⁵¹

50 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 133.

51 MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 166

No mesmo sentido, J. J. Gomes Canotilho elucida a necessidade da existência da teoria para a manutenção da ordem democrática, conforme se extrai dos seus ensinamentos:

o padrão básico subjacente às articulações organizatórias dos estados constitucionais democráticos é o padrão da divisão e separação dos poderes. Quando se fala em divisão ou separação dos poderes não se coloca em crise, como já se acentuou, a unidade do Estado, pois, mesmo numa democracia pluralista integrada em comunidades políticas mais amplas, não está em causa a indivisibilidade da estadualidade ou estatalidade. Dividir ou separar poderes é uma questão atinente ao exercício de competências dos órgãos de soberania e não um problema de divisão do poder unitário do Estado.⁵²

Para Eduardo Domingos Bottallo, Montesquieu buscava evidenciar que, somente por meio do sistema de divisão dos poderes seria possível garantir que os órgãos não ultrapassassem suas atribuições. Dessa forma, a liberdade individual de cada ser humano seria observada e garantida:

A teoria da divisão dos poderes foi, no pensamento de Montesquieu, fruto da importância que dava ao problema da liberdade humana, nesse particular, concorda inteiramente com Locke, ao sustentar que a liberdade humana era a meta suprema que uma nação poderia alcançar, girando em torno dessa premissa sua preocupação em construir uma estrutura de governo sob a qual se poderia obter a liberdade e assegurá-la, uma vez conseguida, da melhor maneira possível. Somente um sistema que eliminasse totalmente as possibilidades de abuso de poder, seria hábil para atingir tal desideratum.⁵³

Ainda da mesma obra, Gomes Canotilho destaca que o que resulta da separação dos poderes “não é a existência de vários poderes, mas a existência de funções diferenciadas”.⁵⁴

Conforme assimilado anteriormente, os poderes dividem-se em Legislativo, Executivo e Judiciário, cuja explanação de que consistem é feita na sequência.

Inicialmente, o Poder Legislativo tem como função “estabelecer as normas gerais e abstratas que regem a vida em sociedade. [...] Seus atos materializam-se sob a forma de [...]

52 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 573

53 BOTTALLO, Eduardo Domingos. Teoria da divisão dos poderes: antecedentes históricos e principais aspectos. *Revista da faculdade de direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, ano 12, no 14, 2008, p. 128.

54 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 545.

manifestação de vontade a ser feita valer toda vez que ocorrer um fato descrito na norma.”⁵⁵
 O Poder Executivo, por sua vez, tem como prioridade

a tradução num ato de vontade individualizado a exteriorização abstrata da lei. Por exemplo, o dizer que todo aquele que importa determinada mercadoria está obrigado a pagar um tributo é uma lei, mas o cobrar de uma pessoa específica uma quantia correspondente à determinada na lei é um ato executivo.⁵⁶

Por fim,

o dirimir possíveis controvérsias que possam surgir por ocasião da aplicação da lei vem ser a função jurisdicional. No exemplo dado, se o particular cobrado acha que o tributo é indevido, surge (...) um conflito que precisará ser resolvido de forma definitiva.⁵⁷

Para José Afonso da Silva, a divisão dos poderes é fundamentada em dois elementos, que são a especialização funcional e a independência orgânica. A especialização funcional significa “que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembléias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional.”⁵⁸ A independência orgânica significa “que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma organização jurídica das manifestações de poder.”⁵⁹

Conhecer os elementos mencionados anteriormente é fundamental para o entendimento deste princípio estruturante do Estado de Direito, uma vez que delimita, de forma objetiva, quais são os poderes e, o mais importante, destaca que tais poderes irão, de forma conjunta, mas independente, existir e funcionar com o objetivo de combater as manifestações excessivas de poder.

Cumprido salientar que, pela aplicação da teoria em análise, não se busca a retirada do poder do Estado, uma vez que, conforme leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “não há,

55 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Granda. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1, p. 163.

56 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Granda. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1, p. 163-164.

57 Idem, *ibidem*, p. 164.

58 SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 109.

59 Idem, *ibidem* p. 109.

nem pode haver, Estado sem poder. Este é o princípio unificador da ordem jurídica e, como tal, evidentemente, é uno.”⁶⁰

Ainda sobre o poder e soberania do Estado, é pertinente o estudo de José Afonso da Silva:

O Estado, como grupo social máximo e total, tem também o seu poder, que é o poder político ou poder estatal. A sociedade estatal, chamada também sociedade civil, compreende uma multiplicidade de grupos sociais diferenciados e indivíduos, aos quais o poder político tem que coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que ao Estado cumpre realizar. Daí se vê que o poder político é superior a todos os outros poderes sociais, os quais reconhecer, rege e domina, visando a ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos entre si e reciprocamente, de maneira a manter um mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum.⁶¹

Busca-se com essa teoria, regular a estruturação, distribuição, divisão e fiscalização do uso desse poder, uma vez que, como é sabido, toda pessoa que possui poder está inclinada a dele abusar. É esse o principal motivo pelo qual os limites de cada função estatal devem ser estabelecidos, uma vez que o princípio da separação dos poderes “assegura uma medida jurídica ao poder do estado e, conseqüentemente, serve para [...] evitar a concentração de poder.”⁶²

A Constituição Federal brasileira de 1988, conhecida principalmente por conter em seu texto inúmeras garantias e meios para aplicação dos direitos fundamentais, previu em seu artigo 2º, a tripartição dos poderes:

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos poderes do estado e da Instituição do Ministério Público, independente e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito.⁶³

60 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 133.

61 SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 107.

62 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 250.

63 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 410.

Na mesma obra, Alexandre de Moraes continua a sua análise da teoria, e faz um *link* entre os direitos fundamentais, a separação dos poderes e a Constituição Federal brasileira de 1988:

Não há, pois, qualquer dúvida da estreita interligação constitucional entre a defesa da separação de poderes e dos direitos fundamentais como requisito *sine qua non* para a existência de um Estado democrático de direito. Nesta esteira, o legislador constituinte previu diversas imunidades e garantias para os exercentes de funções estatais relacionadas com a defesa dos direitos fundamentais e gerência dos negócios do Estado, definindo-as nos capítulos respectivos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e, também, da Instituição do Ministério Público.⁶⁴

Com efeito, destaca-se que a aplicação do princípio da separação dos poderes varia de acordo com a sociedade em que se estiver baseando o estudo. Segundo Emerson Garcia, “é inegável que o princípio da separação dos poderes apresentará contornos que variarão conforme os sistemas de organização do poder político: sistemas parlamentar, presidencial e a variante do semipresidencialismo.”⁶⁵

Pela leitura do artigo 2º da Constituição Federal, percebe-se que, ao especificar quais são os poderes da União, o texto constitucional indica que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário serão independentes e harmônicos entre si. O trecho a seguir, retirado de obra de José Afonso da Silva, exprime a noção de independência entre os poderes:

A independência entre os poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.⁶⁶

Dessa forma, percebe-se que, no que diz respeito à independência, cada órgão atuará de forma autônoma, não necessitando de nenhuma espécie de aval ou aprovação de outro

64 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 413.

65 GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 5, 2005, p. 113.

66 SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 110.

poder. Por óbvio, todos aqueles que atuam em qualquer um dos poderes deverão agir de acordo com as funções inerentes ao cargo que ocupam, observando, sempre, as garantias legais e constitucionais.

Além disso,

a harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no 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.⁶⁷

A harmonia entre os poderes, em especial o sistema de freios e contrapesos, será estudada em item específico neste capítulo.

Concluindo o exposto até o presente momento, pode-se, nas palavras de Alexandre de Moraes, dizer que

não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituição, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura.⁶⁸

Atenta-se que o autor supracitado, todas as vezes que divaga acerca da tripartição dos poderes, relaciona-os diretamente com a instituição do Ministério Público. Acredita-se que tal relação é apontada em virtude da função que tal instituição exerce: fiscalizar a atuação dos poderes e agir em prol dos interesses da sociedade, na forma das atribuições estabelecidas no texto constitucional, em especial as contidas nos artigos 127 e seguintes da Constituição Federal.

A seguir, serão abordadas as formas contemporâneas de aplicação da teoria estudada, em especial no que diz respeito à interdependência e atuação em conjunto dos três órgãos na aplicação e concretização dos direitos fundamentais.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 367432, 2009

⁶⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 415.

2.2 Distinção entre as funções típicas e atípicas dos poderes na Constituição Federal de 1988

No item anterior discorreu-se sobre os conceitos de Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. No presente momento, serão analisadas quais são as previsões constitucionais no que tange a tais poderes, definindo de que forma agem típica e atípicamente.

No que diz respeito às funções típicas dos três poderes, já foi analisado o conceito de cada um, não se fazendo necessário, a fim de evitar tautologia, repetir tal conceituação. O que é imprescindível é indicar onde, no texto constitucional, encontram-se as funções de cada poder.

O “Título IV” da Constituição Federal, cuja denominação é “Da organização dos Poderes”, estabelece, obviamente, a forma como os poderes são constituídos e organizados, bem como indica as funções que cada um deverá desempenhar. Dos artigos 44 a 75, têm-se as disposições acerca do Poder Legislativo; dos artigos 76 a 91, cuida-se das disposições sobre o Poder Executivo; finalmente, nos artigos 92 a 126, encontram-se as diretrizes acerca do Poder Judiciário. Tais funções, tomando como base uma interpretação negativa do estudo de Fábio Lima Quintas⁶⁹, podem ser classificadas como funções típicas.

A título de exemplificação das funções típicas de cada poder, transcreve-se segmento da obra de José Afonso da Silva sobre a independência dos poderes:

[...] cabe ao presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração Federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia; ao passo que ao chefe do Executivo incumbe a organização da Administração Pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos (arts. 51, IV, 52, XIII, 84, I, II, VI, e 96), Agora, a independência e a autonomia do Poder Judiciário se tornaram ainda mais pronunciadas, pois passaram para sua

⁶⁹ QUINTAS, Fábio Lima. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, n. 19, 2005.

competência também a nomeação de juízes e outras providências referentes à sua estrutura e funcionamento, inclusive em matéria orçamentária (arts. 96, 96 e 99).⁷⁰

As funções típicas estariam em conformidade com a concepção clássica da separação dos poderes, pela qual cada um dos poderes seria completamente independente e autônomo, não necessitando de intervenção ou de qualquer espécie de auxílio para o desempenho a contento de suas funções. No entanto, conforme as sociedades foram evoluindo, inúmeros autores tecem críticas variadas à teoria em questão, uma vez que, de forma geral, entendem que para a plena aplicação das garantias constitucionais se faz necessária a interação entre os poderes, formando, de forma lenta e gradual, um novo entendimento acerca da temática. Há que se mencionar ainda a “lenta e progressiva evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal”⁷¹ em relação ao assunto.

No que diz respeito às referidas críticas, Manoel Gonçalves Ferreira Filho discorre, sabiamente, sobre a classificação tradicional das funções do Estado:

Em realidade, essa tripartição não tem o rigor necessário para ser acarretada como científica. De fato, é fácil mostrar que as funções administrativa e jurisdicional têm no fundo a mesma essência, que é a aplicação da lei a casos particulares. A distinção entre ambas pode estar no modo, no acidental, portanto, já que substancialmente não existe. Por outro lado, a função legislativa não esgota a edição de regras gerais e impessoais. Tradicionalmente inclui-se na função administrativa o estabelecimento de regulamentos, cujo conteúdo são também regras gerais e impessoais.⁷²

Não diferente é o entendimento de Eduardo Domingos Bottallo, o qual leciona:

Dentro dos pensamentos de Montesquieu, os poderes deveriam ser exercidos por órgãos distintos, rigorosamente separados entre si, afim de garantir o recíproco equilíbrio e impedir a eventual hipertrofia de um ou alguns deles. Entretanto, essa concepção não é, modernamente, levada ao extremo de configurar as três categorias de órgãos como compartimento estanques, por isso estaria em frontal contradição com a unidade viva do organismo estatal.⁷³

Por fim, traz-se à baila o entendimento de José Afonso da Silva, que, ao discorrer sobre a harmonia entre os poderes, caminha no mesmo sentido dos dois autores citados anteriormente:

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 44.

⁷¹ QUINTAS, Fábio Lima. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*, Brasília? Instituto Brasiliense de Direito Público, n. 19, 2005, p. 93.

⁷² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 136.

⁷³ BOTTALLO, Eduardo Domingos. Teoria da divisão dos poderes: antecedentes históricos e principais aspectos. *Revista da faculdade de direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, ano 12, no 14, 2008, p. 44.

Verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no tratamento 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 desmandado de um em detrimento do outro, e especialmente dos governados.⁷⁴

Diante do exposto, é possível perceber que, pela análise do texto constitucional, o aplicador do direito encontrará possibilidades para que um poder atue na esfera de competência outro. Têm-se, então, as funções atípicas que cada poder pode e deve realizar.

Justamente pela principal intenção de possibilitar a aplicação dos preceitos que na Carta constitucional seriam colocados, os constituintes previram as possibilidades de interdependência entre os poderes. Tal conduta se mostra como lógica, uma vez que a Constituição é o reflexo de cada sociedade; por isso, a de 1988 caminhou em conformidade com a evolução do princípio da separação dos poderes. Segundo Fábio Lima Quintas,

são vários os casos em que esse jogo de coordenação entre os diversos Poderes é estabelecido no Texto Constitucional. O Poder legislativo interferindo na função executiva, por exemplo, quando fiscaliza a administração financeira e a execução do orçamento (com auxílio do TCU). O Poder Legislativo interferindo na função jurisdicional quando julga o Presidente e o Vice-Presidente da República e o ministro do Supremo Tribunal Federal por crimes de responsabilidade. (...) Em todos esses casos, há, aparentemente, o exercício de uma função atípica por um Poder. Trata-se, apenas, de uma aparência, porque definida pela constituição determinada dever/função a um Poder, é necessário reconhecer-lhe determinados poderes instrumentais, quando o órgão tiver condições funcionais para exercer de forma legítima e responsável essa função.⁷⁵

Na obra “*O espírito das leis*”, onde Montesquieu registrou a sua teoria da separação dos poderes, o autor previu, mesmo que não diretamente, a “invasão” de um poder na esfera de atuação de outro:

O próprio Montesquieu abria exceção ao princípio da separação ao admitir a intervenção do chefe de Estado, pelo veto, no processo legislativo. A organização,

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 44.

⁷⁵ QUINTAS, Fábio Lima. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. Direito Público, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, n. 19, 2005, p. 92

todavia, dos três poderes na Constituição envolve sempre uma certa invasão de um poder na função reservada a outro.

A especialização inerente à separação é, dessa forma, meramente relativa. Consiste numa predominância no desempenho desta ou daquela função. Cada poder, em caráter secundário, colabora no desempenho de outras funções, pratica atos teoricamente fora de sua esfera.⁷⁶

O novo entendimento que tem se construído sobre a necessidade de que os poderes devem exercer funções atípicas, de forma a colaborar e praticar atos que, segundo a teoria clássica da separação dos poderes, não estariam previstos na sua esfera, vem evoluindo de forma global, ou seja, é possível perceber tal evolução no direito constitucional de outros países que não o Brasil, como, por exemplo, na Alemanha, país que possui forte contribuição para a matéria, já que a Constituição Alemã corresponde “ao tipo básico, hoje quase comum a todos os Estados europeus e difundido universalmente, do Estado constitucional democrático”.⁷⁷

Konrad Hesse, ao analisar os elementos jurídicos que constituem a Constituição Federal alemã, deixa claro que os limites estabelecidos pela teoria clássica não são perfeitamente obedecidos:

[...] o princípio da divisão dos poderes em nenhuma parte está completamente realizado, antes, é infringido em numeroso lugares da Lei fundamental, em que, então, até pode nascer a questão, se uma norma constitucional que infringe o princípio da divisão de poderes, dado o caso, deve ser considerada como inválida juridicamente. Com isso, uma fixação jurídico-constitucional clara do princípio da divisão de poderes em seu elemento da separação dos poderes torna-se impossível. Se o princípio em nenhuma parte est[a] completamente realizado, pode ele, quando muito, ainda então ser violado quando, a favor de um poder, resulta uma invasão no âmbito essencial de outro poder.⁷⁸

Tal “desobediência” não é, de forma alguma, inconstitucional, nem sob nenhum aspecto representa afronta à legislação, uma vez que, conforme ocorre no país brasileiro, existe previsão na própria Carta política de que os poderes atuem no âmbito essencial de outro.

⁷⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 137.

⁷⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha (orig. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 8.

⁷⁸ Idem, *ibidem*, p. 366-267.

Como resposta a todas as evoluções da concepção da tripartição dos poderes até então citadas, bem como em virtude das novas formas de relação que se estabelecem a cada dia entre a sociedade e o Estado, conforme leciona Paulo Bonavides, o “velho Direito Constitucional”, que trabalha e aplica de forma rígida as funções do poderes, dá lugar ao “novo Direito Constitucional”, onde o cerne de toda a aplicação do direito consiste na aplicação dos direitos fundamentais.⁷⁹ Como consequência lógica, novas teorias foram elaboradas, sendo a mais importante e merecedora de atenção especial a dos “freios e contrapesos”, que será analisada a seguir.

2.3 Freios e contrapesos: a necessidade da interdependência entre os poderes no Estado Democrático de Direito

Inúmeros são os autores que lecionam sobre a necessidade de existência de uma interdependência entre os poderes, sem que isso fira a independência de cada um, ou seja, entendem que deve haver harmonia na aplicação do direito pelos poderes, uma vez que, vez ou outra, as “armas” e mecanismos de que um poder dispõe poderão ser insuficientes para que os direitos fundamentais e demais preceitos constitucionais sejam plenamente aplicados. Dessa forma, faz-se necessária uma maneira de os poderes interagirem entre si, bem como fiscalizarem a atuação de cada um, devendo existir “freios e contrapesos” (*checks and balances*) nas atividades dos poderes estatais:

A idéia central do modelo do balanceamento de poderes é esta: através de freios e contrapesos recíprocos, os vários poderes encarregados de distintas funções operam um controle de poder (o poder pára o poder) garantindo a liberdade dos indivíduos e evitando o aparecimento de um poder superpesado perigosamente totalizados do poder do Estado.⁸⁰

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 601.

⁸⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 545.

Percebe-se, portanto, que a rigidez não é, - nem pode – absoluta, pois o poder, na concepção literal da palavra, é único e o seu detentor é o Estado. A solução normativa apresentada mostra-se perfeitamente eficaz ao estabelecer e prever os “freios e contrapesos”, já que possui o “explícito propósito [...] de promover um equilíbrio melhor articulado entre os ‘poderes’, isto é, entre os órgãos do Poder, pois, na verdade, o Poder é uno.”⁸¹

O atual direito constitucional, tratado em momento anterior por Paulo Bonavides como “novo direito constitucional” e, com o mesmo sentido, abordado na obra de Alexandre de Moraes como “direito constitucional contemporâneo”, estaria tratando de maneira inadequada o moderno entendimento do que consiste a separação dos poderes, caso houvesse previsão para aplicação rígida de cada função do Estado, uma vez que os governos atuais assumiram “a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado ‘freios e contrapesos’ (*checks and balances*).”⁸² O objetivo final do Estado Social e Democrático de Direito deve ser, sem sombra de dúvida, a segurança de que todas as pessoas poderão viver com dignidade, sendo que “a integração dos órgãos de poder com o objetivo de assegurar o progresso social e uma existência digna, tendo em vista a consecução do bem comum”, é uma perspectiva que “delimita os contornos do Estado Social”, conforme leciona Emerson Garcia.⁸³

O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, fazendo juízo à sua função de guardião da Constituição⁸⁴, passou a aplicar, gradativamente, após a promulgação da Carta de 1988, a teoria de controle recíproco entre os poderes, ou seja, os “freios e contrapesos”, como fundamentação em seus julgados. É por esse motivo que se pode dizer que a teoria, prevista no texto constitucional, é aplicada a contento no Estado brasileiro.

Percebe-se que os ministros do Supremo Tribunal Federal, quando fundamentam seus julgados com base no princípio da separação dos poderes, conforme se demonstrará abaixo, bem como quando fazem menção aos “freios e contrapesos”, o fazem, como era de se esperar, traçando o paralelo entre a necessidade de que cada ação de um poder – seja típica, seja atípica - seja obrigatoriamente prevista no texto constitucional. Tal posicionamento se mostra óbvio, uma vez que o guardião da Constituição deve, antes de mais nada, atentar para a

⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 32.

⁸² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 414.

⁸³ GARCIA, Emerson Garcia. Princípio da Separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, n. 5, 2005, p. 117.

⁸⁴ BRASIL. Constituição Federal Brasileira. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, *caput* do art. 102.

legalidade e constitucionalidade das aplicações dos preceitos constitucionais em casos concretos.

Como maneira de apontar a constante aplicação da teoria nos julgados e com o intuito de mostrar, de outro prisma, que não o que será abordado no capítulo seguinte, a maneira como os ministros vêm buscando formas de efetivação os anseios de toda a sociedade, ou seja, a real e efetiva aplicação dos direitos fundamentais, serão analisados três julgados, de diferentes épocas, que explicitarão o que foi abordado até então no presente capítulo.

Inicialmente, tem-se o julgamento da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade 1.905-7, datado de 19/11/1998, cujo relator foi o ministro Sepúlveda Pertence⁸⁵, no qual fica claro que o STF reconhece a existência de funções atípicas dos poderes. Além disso, abstrai-se que tais funções, para poderem ocorrer, devem estar expressamente legitimadas pela Constituição Federal. Além disso, um trecho do voto do ministro também merece ser colacionado, uma vez que evidencia que não se pode arriscar, para o bem da sociedade, permitir que ocorram conflitos entre os poderes. Veja-se:

À primeira vista, no caso presente, a menor estatura dos organismos burocráticos de segundo e terceiro graus do Poder Executivo, aos quais se confiou, na lei questionada, a função de ditar parâmetros e avaliações do funcionamento da Justiça, só agrava a ousadia da inconstitucionalidade denunciada.

De outro lado, como o comprovam as cautelares deferidas nos precedentes mencionados, assim como em numerosos casos assimiláveis, documenta a preocupação do Supremo Tribunal de obviar liminarmente o risco de conflitos entre os Poderes gerados pela vigência de preceitos como os ora questionados. (grifei)⁸⁶

Continuando a didática proposta para concluir este capítulo, irá se prosseguir com a referência à ação direta de inconstitucionalidade 2.911-8, datada de 10/08/2006, cujo relator é o ministro Carlos Britto⁸⁷. A lide versa sobre um dispositivo encontrado na legislação

⁸⁵ EMENTA: Separação e independência dos Poderes: freios e contra-pesos: parâmetros federais impostos ao Estado membro. Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os “freios e contrapesos” admissíveis na estruturação das unidades federais, sobre constituírem matéria constitucional local, só se legitimam na medida em que guardem estreita similaridade com os previstos na Constituição da República; precedentes. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Med. Caut. em ação direta de inconstitucionalidade 1.905-7 – Rio Grande do Sul. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 19 de novembro de 1998. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20 abr 2011. (grifei)

⁸⁶ Idem, página 10 do voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

⁸⁷ EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DA EXPRESSÃO “PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA”, CONTIDA NOS §§ 1º e 2º DO ART. 57 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Os dispositivos impugnados contemplam a possibilidade de a Assembléia Legislativa capixaba convocar o Presidente do Tribunal de Justiça para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência injustificada desse Chefe de Poder. Ao

capixaba que permitia que a Assembleia Legislativa do Espírito Santo convocasse o presidente do Tribunal de Justiça para prestar esclarecimentos em determinada situação.

O estudo do julgado é necessário e fundamental, por elucidar claramente a questão da forma como o princípio da separação dos poderes é aplicado, bem como trata sobre os “freios e contrapesos”, admitindo a sua existência, porém evidenciando que deve estar sempre condicionada às previsões contidas no texto constitucional.

Por fim, o julgamento do agravo regimental no agravo de instrumento 381.109-2, datado de 22/10/2002, cujo relator foi o ministro Ilmar Galvão, também trata da questão da separação e interdependência dos poderes, bem como dos “freios e contrapesos”:

Por outro lado, não se pode afirmar que o aresto recorrido haja ofendido o princípio da separação e independência entre os Poderes do Estado.

A Constituição Federal define as atribuições fundamentais de cada poder do Estado, segundo um sistema de freios e contrapesos, mediante o qual um Poder limita a ação do outro.

Dessa sorte, quando o Judiciário, ao interpretar o disposto na legislação estadual, concluir por uma data inicial para a percepção de determinada gratificação, não afeta a independência do executivo, rompendo o equilíbrio entre os poderes, até porque o próprio texto constitucional prevê que nenhum ato escapa a apreciação do Poder Judiciário. (grifei)⁸⁸

Como se pode perceber, os julgados colacionados evidenciam a forma como a Constituição Federal aborda o princípio da separação dos poderes, bem como a maneira como o Supremo Tribunal Federal tem aplicado de maneira concreta a teoria da tripartição dos poderes e dos “freios e contrapesos” (*checks and balances*). Outrossim, a interpretação feita dos julgados também evidencia como a efetivação dos ensinamentos expostos neste capítulo é necessária para que concretização da real função que se propõe o Estado Democrático de Direito, que é o respeito aos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

Continuando a proposta iniciada, que consiste na análise de julgados, serão, no próximo capítulo, expostas e analisadas decisões do Supremo Tribunal que julgaram

fazê-lo, porém, o art. 57 da Constituição capixaba não seguiu o paradigma da Constituição federal, extrapolando as fronteiras do esquema de freios e contrapesos – cuja aplicabilidade é sempre estrita ou materialmente inelástica – e maculando o Princípio da Separação dos Poderes. (grifei) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 2.911-8 – Espírito Santo. Relator: Min. Carlos Britto. 10 de agosto de 2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20 abr 2011.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento 381.109-2 – São Paulo. Relator: Min. Ilmar Galvão. 10 de agosto de 2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20 abr 2011.

mandados de injunção e foram responsáveis pela evolução do entendimento que os ministros têm hoje acerca do instituto.

3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ATUAL LEITURA DO MANDADO DE INJUNÇÃO

O mandado de injunção, como se viu, é uma inovação que tem como origem a Constituição Federal de 1988. Dessa forma, pode-se dizer que é uma ferramenta relativamente nova, razão por que ainda não existe a seu respeito um consenso doutrinário e jurisprudencial. Nesse aspecto, o Supremo Federal tem evoluído de maneira positiva no seu entendimento a respeito da natureza jurídica das decisões do mandado de injunção. Assim, a maneira mais eficaz e objetiva para constatar as mudanças de entendimento é a análise de julgados que são tidos como marco na história do mandado de injunção no Brasil: MI 107, MI 283, MI 232, MI 670, MI 708 e o MI 712.

3.1 Natureza jurídica da decisão do mandado de injunção na doutrina e nos julgados do Supremo Tribunal Federal

No que diz respeito à conceituação e classificação do mandado de injunção, a doutrina é pacífica. No entanto, diverge no que tange à definição de qual a natureza jurídica da decisão judicial do mandado de injunção. Para Celso Ribeiro Bastos,

destina-se o mandado de injunção a obter sentença que declare a ocorrência da omissão legislativa, com a finalidade de que se dê ciência ao órgão omissor dessa declaração para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.⁸⁹

Como crítica a tal posicionamento, Dirley da Cunha Júnior sustenta em sua obra que, “se não é o próprio do mandado de injunção suprir as lacunas porventura existentes no ordenamento jurídico, não podemos transformá-lo [...] em um mero sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão”.⁹⁰

José Afonso da Silva, por sua vez, leciona que o conteúdo da decisão do mandado

⁸⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 243.

⁹⁰ CUNHA JR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade – Teoria e prática*. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010, p. 132.

consiste na outorga direta do direito reclamado. O impetrante age na busca direta do direito constitucional em seu favor, independentemente da regulamentação. Por isso é que dissemos que ele precisa ter interesse direito no resultado do julgamento. Compete ao juiz definir as condições para a satisfação direta do direito reclamado, e determiná-la imperativamente.⁹¹

Para Alexandre de Moraes, as diversas posições podem ser classificadas em dois grandes grupos: concretista (geral e individual [direta e intermediária]) e não concretista. Atualmente, a posição concretista geral é adotada pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal: Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Menezes Direito, Carmen Lúcia, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.⁹²

Pela posição concretista, leciona o autor,

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 implemente o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente. Essa posição divide-se em duas espécies: concretista geral e concretista individual, conforme a abrangência de seus efeitos.

Pela *concretista geral*, a decisão do Poder Judiciário terá efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente.

(...) Pela *concretista individual*, a decisão do Poder Judiciário só produzirá efeitos para o autor do mandado de injunção, que poderá exercitar plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional.

(...) Pela *concretista individual direta*, o poder Judiciário, imediatamente ao julgar procedente o mandado de injunção, implemente a eficácia da norma constitucional ao autor.

(...) Pela *concretista individual intermediária*, posição idealizada pelo Ministro Néri da Silveira, após julgar a procedência do mandado de injunção, fixa ao Congresso Nacional o prazo de 120 dias para a elaboração da norma regulamentadora. Ao término desse prazo, se a inércia permanecer o Poder Judiciário deve fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor (grifo do autor)⁹³

Destaca-se que o autor filia-se à posição “concretista individual intermediária”.⁹⁴

A maior parte da doutrina, segundo Adolfo Mamoru Nishiyama, que também compartilha do entendimento que será exposto a seguir, entende

⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 167.

⁹² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 177.

⁹³ Idem, ibidem, p. 179, 181 e 182.

⁹⁴ Idem, ibidem, p. 183.

que a função do Poder Judiciário no mandado de injunção é a de resolver a omissão constitucional apresentada ao caso concreto. O órgão jurisdicional não estaria legislando, mas resolvendo um litígio concreto individual, sem efeito *erga omnes*.⁹⁵

Percebe-se que o último conceito apresentado é o mais coerente, uma vez que confere ao *writ of injuction* um real poder para a efetivação dos direitos fundamentais contidos na Constituição Federal. Além disso, é extremamente importante o impacto social da decisão que resolve o litígio concreto individual, consoante o irreprochável magistério de Elaine Harzheim Macedo:

Cabe ao Judiciário buscar a norma jurídica nas mesmas fontes materiais em que se abeberaria o legislador para formular a lei, suprimindo o vazio legislativo, mas tão-somente regulamentando o caso em espécie, submetido a julgamento. Não se trata, porém, da equidade do caso concreto, mas sim da equidade social, ainda que limitada a sua incidência ao autor da ação.⁹⁶

A Suprema Corte também diverge no que diz respeito à eficácia das decisões dos mandados de injunção. A fim de evidenciar a evolução das posições dos ministros nos julgamentos deste remédio constitucional serão analisados seis julgados: MI 107, MI 283, MI 232, MI 670, MI 708 e o MI 712.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MI 107 (21/11/1990), que é o *leading case* da matéria, “considerou que o mandado de injunção tinha por objeto uma declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão constitucional”.⁹⁷ A intenção, no julgado, de conferir a este remédio constitucional a função de apenas declarar a inconstitucionalidade da omissão é clara:

Embora o pedido dos autores vise à obtenção da estabilidade no serviço público federal, o que não pode ser alcançado pela via do mandado de injunção, que é, como decidiu esta Corte na questão de ordem levantada nestes autos, ação mandamental para a declaração da ocorrência de omissão com mora na regulamentação de direito, liberdade ou prerrogativa outorgados pela constituição, mas cujo exercício seja obstado pela falta de sua regulamentação, tem este Tribunal entendido também – e isso tendo em vista a vacilação ocorrida na doutrina quanto à fixação na natureza jurídica dessa ação – que em pedidos do alcance do presente está contido o da declaração da omissão com mora do Poder, órgão ou autoridade que deve

⁹⁵ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *Remédios constitucionais*. Barueri: Manole, 2004, p. 278.

⁹⁶ MACEDO, Elaine Harzheim. O meio ambiente e a efetividade da tutela Judicial em sede de Mandado de Injunção e de outras ações constitucionais. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, v. 32, n. 96, p. 83.

⁹⁷ CUNHA JR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade – Teoria e prática*. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010, p. 133.

regulamentar a norma constitucional para a viabilização do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa por ela concedido.⁹⁸

O MI 107 foi julgado em 1990, portanto logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Conforme se abstrai do trecho do voto do ministro Moreira Alves acima colacionado, a doutrina não havia, até a data do julgado, formado entendimento acerca da natureza do mandado de injunção. Dessa forma, restou ao Supremo a função de delimitar a natureza das decisões do remédio, sendo o MI 107 o julgado que mostrou o entendimento inicial da Suprema Corte. A posição adotada pelo Supremo permitiu

concluir que o comando judicial, no mandado de injunção, volta-se mais para emitir uma ordem ao órgão omissivo do que a suprir a ausência de norma regulamentar. Além disso, na visão de Moreira Alves, essa seria a melhor leitura do instituto, para conciliá-lo com a Constituição (leia-se, princípio institucional-normativo da separação dos poderes).⁹⁹

O posicionamento inicial do Supremo acerca da matéria foi alvo de críticas por grande parte da doutrina, “segundo a qual o Tribunal esvaziara a finalidade constitucional do mandado de injunção, tornando-o medida inócua e sem funcionalidade.”¹⁰⁰ De fato, ao conferir à decisão do mandado de injunção a função de apenas declarar a inconstitucionalidade da omissão, concedendo ao provimento jurisdicional natureza mandamental, não se tem o porquê da existência do *writ*, uma vez que não estaria lhe sendo atribuída a máxima eficácia, bastando que existisse apenas, no texto constitucional, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. Além disso, da forma como o tribunal decidiu o caso, segundo aponta Clóvis Fedrizzi Rodrigues,

a posição havida não traduzia a real efetividade que se buscava alcançar quando da introdução do *writ* na ordem nacional. A equiparação desde à *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* – ainda que ambos sejam inovações da Carta de 1988, não parece dar a Constituição – a mesma Carta que se pretende cidadã – a efetividade pretendida ou, a forma mais efetiva de alcance de preceitos garantidores do indivíduo.¹⁰¹

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 107 / Distrito Federal. Relator: Min. Moreira Alvez. Julgamento em 21 de novembro de 1990. Página 5. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 22 abr 2011.

⁹⁹ QUINTAS, Fábio Lima. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, n. 19, 2005, p.94.

¹⁰⁰ CUNHA JR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade* – Teoria e prática. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010, p. 133.

¹⁰¹ RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi Rodrigues. Mandado de Injunção: de autêntico remédio constitucional à condição de “sino sem badalo”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 131, jan 2006, p. 122.

É interessante salientar a forma a que o autor supracitado se refere - no título do artigo usado como fonte bibliográfica - ao remédio constitucional como sendo um “sino sem badalo”, ou seja, como sendo um instrumento eficaz, mas que, caso interpretado da maneira como o foi no julgamento do MI 107, não teria resultado concreto algum. Outro autor que também faz uso dessa denominação é José Carlos Barbosa Moreira, para o qual “conceber o mandado de injunção como simples meio de apurar a inexistência da ‘norma regulamentadora’ e comunicá-la ao órgão competente para a edição (...) é reduzir a inovação a um sino sem badalo.”¹⁰²

Em momento posterior, o Supremo Tribunal Federal mudou o seu posicionamento e conferiu, no julgamento do MI 283, natureza diversa à decisão anteriormente citada, conforme se percebe a partir da leitura da ementa¹⁰³. Com efeito, houve um sensível avanço no entendimento da corte. No entanto, por mais que o avanço tenha sido positivo para a sociedade, bem como para a comunidade jurídica como um todo, pois foi uma resposta, em um curto espaço de tempo, às críticas que foram tecidas à decisão do MI 107, o novo entendimento “ainda se mostrou inconciliável com a natureza e a finalidade do instituto, de fazer valer imediatamente o direito frustrado pela omissão do poder público.”¹⁰⁴

Nesse sentido, ainda, ao discorrer acerca do MI 283, elucida o preclaro Carlos Augusto Alcântara Machado:

O Supremo Tribunal Federal, então, após ter fixado o prazo para a elaboração da norma reclamada, decidiu que, caso não sobreviesse, passaria o requerente a gozar do direito pleiteado.

Nossa mais alta corte de Justiça, julgando dessa maneira, modificou o grau eficaz das normas indigitadas: de eficácia limitada para eficácia plena.

¹⁰² MOREIRA, José Carlos Barbosa. SOS para o mandado de injunção. *Jornal do Brasil*, 11 set. 1990

¹⁰³ Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232 (...)) Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 283 / Distrito Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 20 de março de 1991. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 22 abr 2011. (grifei)

¹⁰⁴ CUNHA JR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade* – Teoria e prática. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010, p. 135.

Essas decisões, pinçadas entre dezenas e dezenas de outras de cunho nitidamente restritivo, representam, a toda evidência, grande avanço. Entretanto, no contexto geral, o Supremo Tribunal Federal continua limitando o alcance do mandado de injunção. (grifei)¹⁰⁵

Outro trecho do julgado que merece menção é um segmento do voto do ministro Marco Aurélio:

Agora, vejam a situação *sui generis*: o Tribunal, dizendo-se competente para apreciar o mandado de injunção – e ninguém tem dúvida quanto a isso – reconhece que, passados dois anos, até hoje não foi editada a lei de que cogita o dispositivo constitucional. Em um passo subsequente, ao invés de atuar de forma concreta e fixar os parâmetros da reparação que serão futuramente disciplinados por lei, transfere essa fixação ao juízo. (grifei)¹⁰⁶

Ao interpretar o trecho supra, é possível perceber que o Supremo, pelo menos em parte (no caso em liça representado pelo ministro Marco Aurélio), já caminhava em direção ao entendimento de que as decisões do mandado de injunção deveriam surtir efeitos concretos, não somente tendo como função declarar o direito omisso, mas, sim, já aplicando medidas efetivas.

Outro julgamento que merece menção, pois sua decisão se assemelha à do MI 283, é o do MI 232¹⁰⁷, que foi impetrado por meio da fundamentação do art. 195, § 7º, da Constituição Federal, o qual determina a isenção de contribuição para a seguridade social por parte das entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências determinadas em lei.

Depreende-se, sobretudo, dessa decisão que houve também um prazo assinalado pela corte para que o impetrado confeccionasse a norma regulamentadora, mas não mais precisava

¹⁰⁵ MACHADO. Carlos Augusto Alcântara Machado. *Mandado de injunção*: um instrumento de efetividade da constituição. São Paulo: Atlas, 1999, p. 110. Obs: a palavra “continua” foi grifada, pois, desde a época em que o livro foi escrito, diversas outras decisões surgiram, bem como o entendimento da Suprema Corte evoluiu, diferindo, nos dias atuais, do entendimento outrora existente.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 283 / Distrito Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 20 de março de 1991. Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, p. 25. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 22 de abril de 2011.

¹⁰⁷ Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. BRASIL Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 232 / Rio de Janeiro. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento em 02 de agosto de 1991. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20 abr 2011.

o impetrante buscar o exercício de seu direito na instância ordinária, pois o Supremo havia assegurado o exercício do direito. Pode-se dizer que,

não fosse a insistência do Tribunal em fixar um prazo para o órgão omissor editar a norma faltante, poderíamos afiançar que o Supremo estaria penitenciando-se de seu equívoco inicial, conferindo à ação injuncional o seu digno papel de tutor na efetividade dos direitos humanos.¹⁰⁸

Outro aspecto positivo da decisão do MI 232 é o fato de que os ministros Marco Aurélio (novamente, a exemplo do seu voto no julgamento do MI 283), Carlos Mário Velloso e Célio Borja sustentaram em seus votos o “deferimento concreto do pedido, para garantir imediatamente o gozo do direito constitucional postulado, sem a necessidade de qualquer comunicação ou fixação de prazo ao órgão omissor”.¹⁰⁹ Nesse sentido seguem trechos dos votos dos ministros mencionados:

O Senhor Ministro Marco Aurélio: (...) Há, aí, a meu ver, até um conflito que obstaculiza a solução que se pretende dar a esses mandados de injunção impetrados na Corte. Repito: sob a minha ótica, o mandado de injunção tem, no tocante ao provimento judicial, efeitos concretos, beneficiando apenas a parte envolvida, a impetrante. No caso, a prevalecer o precedente da Corte, quanto à mera comunicação ao Congresso Nacional, vindo à balha um diploma legal provocado pela nossa decisão, haverá um alcance ilimitado quanto às partes envolvidas no mandado de injunção.

O Senhor Ministro Carlos Velloso: (...) Sei que esta Eg. Corte tem entendido que com o mandado de injunção obtém-se o mesmo que se obtém através da ação direta de inconstitucionalidade. Vale dizer, procedente a ação do mandado de injunção, simplesmente dá-se ciência ao órgão incumbido de elaborar a norma regulamentadora de que está ele omissor. Divirjo, data vênia, desse entendimento, entendimento que esvazia, por completo, a nova garantia constitucional. (grifo do autor)

O Senhor Ministro Célio Borja: (...) A falta de norma regulamentadora está, pois, impedindo que ela, titular de direito já assegurado, frua o que a Constituição lhe concede. Manda o inciso LXXI, do artigo 5º, da Constituição, que se viabilize o exercício desse direito mediante injunção ou ordem que é medida tipicamente judicial, não, ato legislativo ou administrativo.¹¹⁰

Apesar de terem restado vencidos, ainda assim foi de fundamental importância que os ministros tenham adotado tal postura, pois, a exemplo do voto vencido de Marco Aurélio no MI 283, tais posicionamentos ajudaram a esculpir o entendimento que hoje se tem do

¹⁰⁸ CUNHA JR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade* – Teoria e prática. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010, p. 136.

¹⁰⁹ Idem, *ibidem*, p. 137.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 232 / Rio de Janeiro. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento em 02 de agosto de 1991. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20 abr 2011.

instituto. Ressalta-se o que foi afirmado em momento anterior: até o tempo em que foram proferidas as decisões, não havia ainda na doutrina um entendimento sedimentado, uma vez que o mandado de injunção era um instituto novo, pois havia sido inovação da Constituição Federal de 1998, e os julgados até agora analisados são dos anos de 1990 e 1991, tendo, portanto, forte contribuição para a atual doutrina.

3.2 Nova faceta dada ao instituto a partir do julgamento dos MIs 670, 708 e 712

Conforme visto anteriormente, é inegável a evolução da interpretação que o Supremo Tribunal Federal tem conferido aos efeitos das decisões do mandado de injunção. No entanto, percebe-se que as decisões analisadas (MI 107, MI 232 e MI 283) não permitiam que o real objetivo desse remédio constitucional fosse realizado a contento, ou seja, que lhe fosse dada real efetividade às decisões.

Nesse prisma, a Suprema Corte, ao julgar os MIs 670, 708 e 712, assinalou sensível e significativa evolução do entendimento majoritário dos ministros acerca da

efetividade da ação do mandado de injunção. Em três mandados de injunção coletivos impetrados por sindicatos de servidores públicos reivindicando o para seus substituídos a viabilização do direito de greve do art. 37, VII, da Constituição, o STF, por maioria de votos, admitiu os pedidos para garantir o imediato exercício do direito em tela, segundo os critérios previstos na lei de greve do setor privado.¹¹¹

Diante da extrema importância das decisões proferidas nos mandados de injunção citados, é imperioso analisar cada um deles.

Inicialmente, será colacionado um trecho do voto do ministro Celso Antônio Bandeira de Mello, prócer do direito constitucional, no MI 670, o qual, como sempre, de maneira clara explica e evidencia a importância daquele julgamento para a sociedade brasileira:

O Senhor Ministro Celso de Mello: **Este**, Senhores Ministros – e aqui rememoro frase do saudoso Ministro Luiz Gallotti -, **é um daqueles julgamentos** em que os Ministros desta Corte Suprema, sob o olhar atento da sociedade brasileira, **decidem** questão **impregnada** no mais alto grau de relevo social e jurídico, por o Supremo

¹¹¹ CUNHA JR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade* – Teoria e prática. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010, p.142.

Tribunal federal **deve definir**, no exame desta causa, a real natureza jurídica do mandado de injunção, **em obséquio à necessidade de respeito efetivo** aos direitos, prerrogativas e liberdade que a Constituição **assegura** aos cidadãos desta república, **cabendo-lhe**, ainda, resolver o delicado tema **pertinente** ao exercício do **direito de greve** no serviço público. (grifo do autor) ¹¹²

Nesse mandado de injunção

o Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Maurício Corrêa (Relator), que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. (grifei) ¹¹³

Finalmente, após quase vinte anos, a Suprema Corte aplicou o mandado de injunção conforme a Constituição Federal prevê, resolvendo no caso concreto a omissão legislativa que existia. Dessa forma, assegurou-se, de fato, o exercício do direito dos servidores públicos civis.

No MI 708 decidiu-se no mesmo sentido do MI 670, garantindo-se ao caso concreto a aplicação da legislação que restava omissa. O ministro Gilmar Mendes abordou em seu voto no MI 708, brilhantemente, a evolução do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca do mandado de injunção, bem como discorreu sobre a atuação efetiva do Judiciário na garantia da aplicação do texto constitucional, motivo pelo qual se colaciona segmento do seu voto:

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: (...) Estamos diante de uma situação jurídica que, desde a promulgação da Carta Federal de 1988 (ou seja, há mais de 18 anos), remanesce sem qualquer alteração. Isto é, mesmo com as modificações implementadas pela Emenda nº 19/1998 quanto à exigência de lei ordinária específica, o direito de greve dos servidores públicos ainda não recebeu o tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais.

Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel do legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 670 / Espírito Santo. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento em 15 de outubro de 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 21 abr 2011.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 670 / Espírito Santo. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento em 15 de outubro de 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 21 abr 2011.

estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.¹¹⁴

Outra questão abordada pelo ministro é a da substituição, em certos casos, do legislador pela Suprema Corte. No trecho acima não há menção específica, mas resta clara a preocupação com eventual desrespeito ao princípio da tripartição dos poderes ao conferir ao Judiciário o poder de legislar em determinadas situações. No entanto, no parágrafo seguinte evidencia, também não diretamente, a questão dos “freios e contrapesos” (abordada no capítulo anterior).

Ainda sobre as motivações das decisões do MI 670 e do MI 708, destaca-se o segmento retirado do informativo 485 do STF:

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. (grifei)¹¹⁵

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 708 / Distrito Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 25 de outubro de 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 21 abr 2011.

¹¹⁵ MI 712, Rel. Min. Eros Grau, MI 708, e Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25/10/2007, Informativo 485 do STF. Disponível em <http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/download/zip/informativo485.zip>. Acesso em 25 abr 2011.

Finalmente, em 25 de outubro de 2007 foi julgado o MI 712, em cuja decisão houve prevalência do voto do ministro Relator Eros Grau, na mesma linha de raciocínio desenvolvida nos MIs 670 e 708:

O Senhor Ministro Eros Grau (Relator): [...] Salvo a hipótese de (...) transformarmos a Constituição em papel “pintado com tinta” e aplicá-lo em “uma coisa em que está indistinta a distinção entre nada e coisa nenhuma”, constitui dever-poder deste Tribunal a formação supletiva, no caso, da norma regulamentadora faltante. O argumento de que a Corte estaria então a legislar – o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes (art. 2º da Constituição do Brasil) e a separação dos poderes (art. 60, § 4º, III) – é insubsistente. Pois é certo que este Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora, de que carece o art. 37, VII da Constituição, função normativa, porém não legislativa.¹¹⁶

Aqui é explícita a preocupação abordada anteriormente, ou seja, o cuidado que os ministros têm em aplicar a Constituição Federal a contento e em não ferir o princípio da separação dos poderes. Como se vê, a atitude do Judiciário, que consistiu na resolução do problema do caso concreto, pela formulação da norma que restava omissa, representa uma função normativa, mas não legislativa. Dessa forma, resta claro que as decisões da Suprema Corte que sigam a mesma linha de raciocínio não estarão ferindo a separação dos poderes. Ainda nesse sentido:

Pelo que se vê, há indicativo seguro de que a jurisprudência do Supremo caminha para, em casos específicos, admitir verdadeira mandamentalidade ao *writ*, para além da mera declaratividade. Ao contrário do que se pode pensar, garantir a mandamentalidade do mandado de injunção não ofende, em tese, o princípio da separação dos Poderes. Ao revés, essa medida pode ser veículo para prestigiá-lo, desde que assentado em sua dimensão positiva. [...] Sob o prisma positivo do princípio da separação de poderes, a atuação de um Poder está associada à existência de estrutura orgânica funcionalmente adequada, o que se verifica pela *legitimidade* para a decisão e pela *responsabilidade* pela decisão. (grifo do autor)¹¹⁷

Assim, diante da copiosa jurisprudência que vem firmando o Supremo Tribunal Federal,

116 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 712 / Pará. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em 25 de outubro de 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 21 abr 2011.

117 QUINTAS, Fábio Lima. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*, Brasília, Instituto Brasiliense de Direito Público, n. 19, 2005, p. 102.

não seria incorreto afirmar que estamos em uma quadra na qual o reconhecimento de um poder normativo com efeitos gerais ao Supremo Tribunal Federal torna-se manifesto, em face da instituição da Súmula Vinculante, mas também, e principalmente, na gradual mudança de entendimento sobre os efeitos que podem advir de um eventual conhecimento e provimento em mandado de injunção.¹¹⁸

Em virtude da importante discussão acerca da evolução do entendimento sobre o mandado de injunção, tramita na Câmara dos Deputados o projeto de lei n. 6.128/2009 (que foi apensado ao projeto de lei n° 6.002/1990), “que não apenas resgata a importância do instituto, como percebe e traduz legislativamente a evolução jurisprudencial que vem dando novo alento ao mandado de injunção.”¹¹⁹

Os artigos 8° e 9° do referido projeto de lei merecem ser colacionados, uma vez que tratam sobre o que foi discutido até então neste capítulo:

Art. 8° Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para o fim de:

I – determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II – estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I quando comprovado que o impetrado deixou de atender ao prazo estabelecido para a edição da norma em anterior mandado de injunção.

Art. 9° A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§1° Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração.

§2° Transitada em julgado a decisão, os seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.¹²⁰

Diante da natureza mandamental que é conferida à decisão, no projeto de lei, “fica o Supremo Tribunal Federal munido de instrumento dos mais eficazes contra a omissão normativa, sobretudo aquela parcial e ofensiva ao postulado constitucional da igualdade.”¹²¹

Malgrado a elaboração do projeto de lei 6.128/2009 seja relevante, pois manifesta um posicionamento (oriundo, também, de um desenvolvimento jurisprudencial da Suprema

118 PAIVA, Paulo. A natureza das decisões em mandado de injunção: acerca da supressão unilateral da omissão mediante decisões de perfil aditivo. *Observatório da jurisdição constitucional*. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009, p. 6.

119 ROTHENBURG, Walter Claudius. O mandado de injunção finalmente terá sua lei. *Observatório da jurisdição constitucional*. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009, p.1.

¹²⁰ PAIVA, Paulo. A natureza das decisões em mandado de injunção: acerca da supressão unilateral da omissão mediante decisões de perfil aditivo. *Observatório da jurisdição constitucional*. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009, p. 7.

¹²¹ Idem, *ibidem*, p. 7.

Corte) acerca dos efeitos das decisões do mandado de injunção que parece ser o mais adequado, pode-se dizer que tal lei, caso aprovada, irá constar, juntamente com várias outras, no rol de legislações brasileiras inócuas, pois, como foi possível perceber até agora, a correta interpretação do texto constitucional permite que o Supremo conceda efeitos que resolvam a problemática do caso concreto, como já vem acontecendo.

3.3 Mandado de injunção como instrumento de efetividade da Constituição

Diante da evolução jurisprudencial do mandado de injunção estudada, bem como em virtude da discussão existente acerca da acepção clássica do princípio da separação dos poderes e sua aplicabilidade nos dias atuais, vem surgindo um riquíssimo debate sobre as maneiras como o Poder Judiciário deve, e pode, atuar, de maneira mais eficaz (do que o “simples” dizer o direito) na aplicabilidade das garantias constitucionais, sem que, com isso, seja causado atrito entre os órgãos estatais. Em síntese,

não se pretende a substituição do Executivo pelo Judiciário, mas, tão-somente, demonstrar os espaços constitucionais em que este último Poder pode agir para compelir aquele primeiro a respeitar a vontade política do constituinte originário, zelando-se para que a Lei Maior não se transforme em mero “pedaço de papel”, na expressai de Ferdunand Lassale, e incapaz de aproximar o tanto quanto possível o dever-ser normativo (*sollen*) do ser (*sein*). (grifo do autor)¹²²

É justamente em virtude da flexibilidade entre os poderes, necessária para assegurar a prevalência dos princípios fundamentais, que o mandado de injunção pode representar um eficaz instrumento de efetividade da Constituição Federal, uma vez que, em não havendo aplicação da lei, nada mais natural que o conhecedor do direito – leia-se Poder Judiciário – busque maneiras de aplicá-lo. Ressalta-se

que a *ratio* do controle exercido pelo Poder Judiciário, longe de buscar a sedimentação de uma superioridade hierárquica no plano institucional ou a frívola

¹²² CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan. A efetividade dos direitos fundamentais de Caráter Positivo e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Direito Público*, Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, v. 1, n. 1, 2003, fl. 31.

ingerência em seara inerente ao executivo, é a de velar para que o exercício do poder mantenha uma relação de adequação com a ordem jurídica, substrato legitimador de sua existência. Dessa forma, não se identificará um juízo censório ou punitivo à atividade desenvolvida por outro poder.¹²³

Esse debate passa, obrigatoriamente, pela aplicação da Justiça Constitucional, que consiste em uma forma de instrumentalizar qualquer ação estatal e, além disso, que é responsável por exercer importante função de fiscalização, a fim de verificar se os ditames constitucionais estão sendo cumpridos a contento. Fernanda Brahirolli esclarece que

a Justiça Constitucional desenvolve o controle fiscalizador que implica a declaração de nulidade das normas editadas tanto pelo Poder Legislativo, como pelo Poder Executivo, sempre que elas contradigam as regras previstas constitucionalmente, fazendo com que todo o conteúdo da norma ordinária esteja preordenado pela norma constitucional.

(...) Nesse aspecto, a Justiça Constitucional atuando na defesa do valor dos preceitos constitucionais, representa a garantia de proteção ao cidadão contra eventuais violações aos direitos inerentes à sua sobrevivência, atuando como remédio de defesa e luta para a concretização dos direitos fundamentais, sendo tecnicamente hábil para protegê-los, quando no controle preventivo e para restaurá-los, quando em atuação posterior a sua violação.¹²⁴

Conferir à decisão do mandado de injunção força normativa, como, por exemplo, ocorreu no julgamento dos MIs 670, 708 e 712, é uma das formas de se colocar em prática a Justiça Constitucional, uma vez que exemplifica claramente como a Constituição pode (e deve) ter força normativa. Essa força possibilita “que a falta de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo possa ser suprida pelo agir da Justiça Constitucional”.¹²⁵

No entanto, a força normativa da Constituição só poderá ser utilizada quando o aplicador do direito se desvirtue de certos dogmas e conceitos já ultrapassados, que não possuem aplicação nos tempos atuais. Como exemplo de dogma, pode-se citar o fato de que no julgamento de vários mandados de injunção, em que se decidiu por apenas declarar a omissão do poder público, foi utilizada, em conjunto com outras teorias e fundamentos, a fundamentação de que, caso o Supremo Tribunal Federal desse à decisão força normativa, estaria infringindo o princípio da separação dos poderes. Em virtude disso, concluiu-se pela

¹²³ GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo: n. 5, 2005, p. 119.

¹²⁴ BRAGHIROLLI, Fernanda. Justiça constitucional: a forma garantidora do Estado Democrático de Direito e sua necessária intervenção na busca da concretização dos direitos fundamentais. *Direito e Democracia*, Canoas: Centro de ciências jurídicas/Universidade Luterana do Brasil, vol. 9, n. 1, 2008, p. 112.

¹²⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 838.

emissão de ordem ao órgão omissor a fim de que suprisse a falta de norma regulamentar. Com efeito, os dogmas citados representam um verdadeiro óbice a uma aplicação mais efetiva dos direitos fundamentais, já que tal aplicação é um dos, senão o maior, objetivos da Justiça Constitucional.

Existem outros meios, além do mandado de injunção, de aplicação da Justiça Constitucional. Na realidade, pode-se dizer que todos os “instrumentos que possibilitem uma fiscalização rigorosa, a fim de buscar a perpetuidade, efetividade e cumprimentos das normas constitucionais”¹²⁶, e que visem ao respeito dos verdadeiros preceitos do Estado Democrático de Direito, podem ser usados como exemplo. Tal constatação é extremamente positiva, já que concede ao Poder Judiciário, em tempos em que existem tantos direitos fundamentais inoperantes em evidência, um leque de agir imenso, permitindo que os aplicadores do direito possuam um arsenal maior de medidas processuais constitucionais efetivas.

Dessa forma, o mandado de injunção não pode ser um instrumento destinado apenas a declarar judicialmente algo que já é sabido. Nas palavras Dirley da Cunha Júnior,

cumpra ao mandado de injunção, isto sim, uma função louvável e digna de um verdadeiro *writ* ativador da jurisdição constitucional das liberdades: garantir, no caso concreto, o imediato desfrute dos direitos fundamentais, violados em virtude da omissão do poder público.¹²⁷

Em virtude do exposto, resta claro que o mandado de injunção pode representar um enorme avanço na evolução e manutenção do Estado Democrático no Brasil, já que, por meio de uma função concretista, estar-se-ia suprindo a falta de alguma norma que é destinada à determinada classe, para que dessa forma seja possível tornar viável aquilo que era inviável – e garantido constitucionalmente.

126 BRAGHIROLI, Fernanda. Justiça constitucional: a forma garantidora do Estado Democrático de Direito e sua necessária intervenção na busca da concretização dos direitos fundamentais. *Direito e Democracia*, Canoas: Centro de ciências jurídicas/Universidade Luterana do Brasil, vol. 9, n. 1, 2008, p. 118.

127 CUNHA JR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática*. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, p. 136.

CONCLUSÃO

É inegável que a figura do mandado de injunção mudou desde a sua previsão na Constituição Federal de 1988. Hoje, pode-se dizer que aqueles que têm a função de decidir sobre esse remédio estão interpretando de uma maneira mais feliz, ou seja, com olhos voltados para a figura atual do Estado, bem como com vistas à aplicação mais efetiva da teoria dos “freios e contrapesos”.

No primeiro momento do trabalho foi possível constatar a importância que as inovações advindas da Constituição Federal de 1988 têm para a sociedade brasileira. Os remédios constitucionais, especialmente o mandado de injunção, previstos no texto constitucional representam poderosas ferramentas para a concreção dos direitos fundamentais.

A realização do estudo acerca da temática proposta no segundo capítulo foi fundamental para o enfrentamento do problema jurídico, uma vez que a separação dos poderes é um princípio previsto na Carta brasileira. No entanto, o próprio texto constitucional estabelece, pela delegação de funções atípicas, que a tripartição dos poderes não pode ser rígida. Assim, com o que se propõe, a teoria dos “freios e contrapesos” deve ser, sem dúvidas, aplicada nos dias atuais, uma vez que o modelo atual de Estado visa à aplicação de tudo aquilo que a Constituição prevê. Para isso, os poderes deverão ser, por óbvio, independentes, mas, se um poder for omissivo, o outro deverá buscar ferramentas para suprir a falta de aplicação do texto constitucional.

No entanto, em virtude de interpretações equivocadas sobre o mandado de injunção, por muito tempo se viu nesse remédio constitucional uma ferramenta desnecessária, uma vez que não representava uma real proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos, já que o Supremo Federal, conforme se percebeu no terceiro capítulo, quando julgava os mandados de injunção, limitava-se a apenas a declarar a existência da omissão, o que, na realidade, não representava a efetivação do que a parte lesada visava, ou seja, não resolvia o problema, uma vez que a norma omissiva continuava omissiva. Felizmente, a partir do julgamento dos MIs 670, 708 e 712, a Suprema Corte mudou o entendimento, possibilitando que o instituto se tornasse fonte normativa.

As decisões do mandado de injunção, caso dotadas de eficácia concretistas, ou seja, caso possibilitem a solução do caso concreto, por meio um agir positivo do Judiciário perante determinada omissão, representam uma forte ferramenta para a concreção de direitos sociais, econômicos e culturais previstos na Constituição Federal. Esse agir do Poder Judiciário se mostra extremamente correto e não pode ser atingido por questionamentos de que, ao agir dessa forma, irá produzir choque entre os poderes. No entanto, restou claro que não existe tal atrito, não devendo o aplicador do direito estar limitado à concepção clássica da separação dos poderes, já inaplicável nos dias de hoje.

A Justiça Constitucional, exemplificada no estudo por meio da atual faceta do mandado de injunção, é um meio que vem sendo cada vez mais estudado, pois garante maiores possibilidades ao Poder Judiciário de aplicar os direitos fundamentais, sem que, com isso, um poder esteja prejudicando a atuação plena dos poderes Executivo ou Legislativo.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Granda. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1988. V. 1.

BATISTA, José Roberto Torres da Silva. *A nova configuração do Mandado de Injunção*. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br>. Acesso em 18 abr. de 2008.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. V. 2.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. Teoria da divisão dos poderes: antecedentes históricos e principais aspectos. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, ano 12, n. 14, p. 127-147, 2008.

BRAGHIROLI, Fernanda. Justiça constitucional: a forma garantidora do Estado Democrático de Direito e sua necessária intervenção na busca da concretização dos direitos fundamentais. *Direito e Democracia*, Canoas, Centro de ciências jurídicas/Universidade Luterana do Brasil, v. 9, n. 1, p. 109-119, 2008.

BRASIL. *Constituição da república federativa do Brasil*. Brasília; Senado Federal, 1989.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 107, 1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 232, 1991.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 283, 1991.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 670, 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 708, 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 712, 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento 381.109-2, 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 482611, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan. A efetividade dos direitos fundamentais de Caráter Positivo e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Direito Público*, Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, v. 1, n. 1, p. 27-47, 2003.

COELHO, Mendonça Livia. A (re)dimensão do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito brasileiro: considerações sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal em decisões de mandado de injunção. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n 95.

CUNHA JR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade – Teoria e prática*. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 5, p. 112-136, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha* (orig. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

Informativo 485 do STF. Disponível em <http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/download/zip/informativo485.zip>. Acesso em 25 de abril de 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MACEDO, Elaine Harzheim. O meio ambiente e a efetividade da tutela Judicial em sede de Mandado de Injunção e de outras ações constitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, n. 96, p. 69-85.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição*. São Paulo: Atlas, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – Estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. SOS para o mandado de injunção. *Jornal do Brasil*, 11 set. 1990.

NISHIYAMA, Adolfo Maromu. *Remédios constitucionais*. Barueri: Manole, 2004.

PAIVA, Paulo. A natureza das decisões em mandado de injunção: acerca da supressão unilateral da omissão mediante decisões de perfil aditivo. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília: IDP, ano 2, 2008/2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRATS, Firmín Morale. La tutela penal de la Intimidad: “Privacy” e Informática, p. 329. In: SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

QUINTAS, Fábio Lima. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, n. 19, p. 82-102, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento Nº70038788188, 2010.

_____. Tribunal de Justiça, Apelação Cível Nº 70035604479, 2010.

RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi Rodrigues. Mandado de Injunção: de autêntico remédio constitucional à condição de “sino sem badalo”. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 131, p. 117-123, jan. de 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. O mandado de injunção finalmente terá sua lei. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília: IDP, ano 2, 2008/2009.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 4. Ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.