

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO

**MANDADO DE INJUNÇÃO: UM ENFOQUE À LUZ DO
“CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO”**

Ana Paula Volpato Wronski

FLORIANÓPOLIS

2000

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO

**MANDADO DE INJUNÇÃO: UM ENFOQUE À LUZ DO
“CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO”**

Ana Paula Volpato Wronski

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito – Programa de Mestrado da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração Instituições Jurídico-Políticas.

Orientador: Professor Doutor Sílvio Dobrowolski

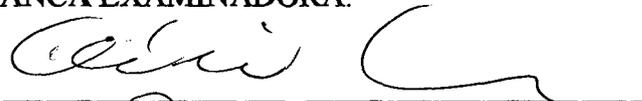
FLORIANÓPOLIS

2000

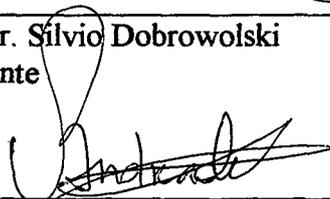
A dissertação **MANDADO DE INJUNÇÃO: UM ENFOQUE À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO**, elaborada por Ana Paula Volpato Wronski e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, com distinção, com conceito "A", foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Florianópolis, ___ de _____ de 2000.

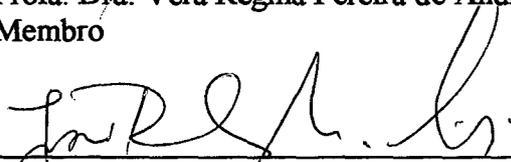
BANCA EXAMINADORA:



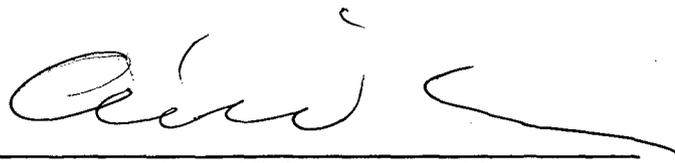
Prof. Dr. Silvio Dobrowolski
Presidente



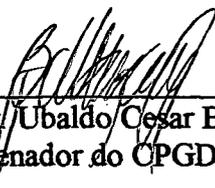
Profa. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade
Membro



Prof. Dr. José Rubens Morato Leite
Membro



Prof. Dr. Silvio Dobrowolski
Orientador



Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar
Coordenador do CPGD/UFSC

DEDICATÓRIA

*Aos meus pais, Victório e Paula, e à minha irmã,
Déia, donos do meu amor, respeito e admiração
incondicionais e eternos.*

*Ao Antonio, dono do meu amor e admiração, pelos
momentos que temos passado juntos.*

*Aos meus afilhados, Victor e Rubinho, a quem amo e
desejo sinceramente que possam crescer num mundo
melhor e mais verdadeiro.*

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Silvio, além de sua especial orientação, pela compreensão, pelo carinho, pela sensibilidade, pela serenidade e pela sabedoria incomuns.

Ao meu Pai e à Déia, por seus constantes apoio e encorajamento, mesmo nos momentos mais difíceis.

À minha Mãe, pela força que nunca faltou e não deixou faltar.

Aos meus afilhados, por seu carinho e sua discreta ajuda, concretizada em cada sorriso.

Ao Antonio, por tudo.

Ao novo e grande amigo Jackson, por suas idéias, inspiração e contagiante alegria.

À Dra. Ligia, por seu apoio.

Aos meus amigos e colegas do TRT e da Unisul, por suas palavras de incentivo.

E a todos aqueles, parentes, amigos, colegas, professores e servidores do CPGD, com carinho especial para a Rose, que, mesmo sem ter seu nome apontado aqui, não são de forma alguma esquecidos ou menos merecedores de minha sincera gratidão.

RESSALVA

*A aprovação do presente trabalho acadêmico
não significa o endosso do Professor
Orientador, da Banca Examinadora e do
CPGD/UFSC à ideologia que o fundamenta
ou nele é exposta.*

RESUMO

A presente dissertação constitui-se num estudo sobre o mandado de injunção, com enfoque no tratamento que lhe conferem a doutrina brasileira e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Tem como objetivo dimensionar a eficácia deste remédio constitucional, abordando sua estrutura normativa e conceitual, os efeitos da decisão nele proferida e as considerações sobre sua capacidade de suprir as omissões do legislador ordinário, que inviabilizam a aplicabilidade dos direitos constitucionalmente previstos.

O método de abordagem utilizado é o dedutivo, adotando-se como técnica de pesquisa a análise bibliográfica e documental, caracterizando-se, portanto, como estudo qualitativo.

Os resultados apontam para a conclusão de que a ineficácia do mandado de injunção, traduzida por uma cultura jurisprudencial que se sedimenta em sentido diverso daquele declarado na norma, deve-se menos à falta de clareza do texto constitucional do que a uma gama de fatores que intervêm na efetividade da medida e que são enfocados à luz do que se chama, nesta análise, de “constitucionalismo crítico”.

ABSTRACT

The present thesis is a study on the injunction order, focusing on the conduct that the Brazilian doctrine and the jurisprudence of the Federal Supreme Court ascribe to it. Its objective is to measure the effectiveness of this constitutional writ, addressing its normative and conceptual structures, the effects of decisions attributed to it and considerations of its capacity to compensate the omissions of the ordinary legislator, that make infeasible the applicability of the merited constitutional laws.

The use of a deductive method of approach with bibliographical and documental analysis as research techniques characterise this work as a qualitative study. The results show that the inefficacy of the injunction order, interpreted by a jurisprudential culture that is grounded on the opposite sense of that declared in the law, is due less to the lack of clarity of the constitutional text than to a range of factors that intervene in the effectiveness of the law and that are seen in the light of what is called, in this analysis, "critical constitutionalism".

SUMÁRIO

Introdução	01
Capítulo I	
1. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	11
2. PAPEL DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	28
Capítulo II	
1. O PROBLEMA DA FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA DE PRECEITO CONSTITUCIONAL	37
2. MANDADO DE INJUNÇÃO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: FIGURAS DISTINTAS?	48
2.1. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.....	48
2.2. Mandado de injunção	57
2.3. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão X mandado de injunção: figuras distintas?	65
3. EFICÁCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO RECONHECIDA PELO STF	68
Capítulo III	
1. O SUPRIMENTO DA OMISSÃO LEGISLATIVA POR DECISÃO JUDICIAL E A INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES	83
2. A EFETIVIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO: UM ENFOQUE À LUZ DO “CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO”	92
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	128
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	134

INTRODUÇÃO

Transcorridos mais de dez anos da promulgação da atual Constituição brasileira e, portanto, da instituição do mandado de injunção (figura sem precedentes no Direito Constitucional moderno), verifica-se que a audácia do legislador constituinte se tornou inócua, porquanto se impôs, sobre o inusitado remédio constitucional, a pecha da inutilidade.

A abordagem do tema demanda algumas considerações preliminares.

A base primordial de um Estado de direito reside, sem dúvida, na proteção dos direitos fundamentais e na garantia da soberania nacional.

A concretização da soberania nacional e da prevalência dos direitos fundamentais, por sua vez, ocorre através da constitucionalização desses institutos, limitando a atuação do Estado e submetendo-o a uma ordem normativa soberana.

Tem-se o Estado de Direito como um modelo preocupado com a garantia dos direitos fundamentais e sempre a serviço dos interesses da coletividade que lhe compete organizar.

Com base nessa premissa, é fácil supor que a efetivação de um Estado de direito pressupõe, inarredavelmente, a supremacia da Constituição. Devem ser

plenamente eficazes, portanto, os mecanismos aptos a coibir qualquer prática atentatória aos preceitos constitucionais.

Assim, destaca-se no modelo contemporâneo de Estado a ênfase aos procedimentos formais de garantia da supremacia constitucional, mormente àqueles propostos perante o Poder Judiciário para a solução das incompatibilidades entre as práticas dos agentes governamentais e a Constituição que lhes pauta as condutas.

Sem dúvida nenhuma, o controle de constitucionalidade desempenha papel fundamental na sedimentação da hegemonia constitucional, configurando-se também como instrumento de garantia de prevalência e eficácia formal dos direitos fundamentais, meta primeira do Estado Democrático de Direito.

Não se pode deixar de observar, ainda, que as agressões ao texto constitucional caracterizam-se não só pela edição de atos com ele incompatíveis. Também a inércia do legislador ordinário, responsável pela falta de regulamentação dos preceitos estatuídos na Constituição, é lesiva à sua supremacia, ameaçando, e mesmo agredindo diretamente, os direitos fundamentais.

É nesse sentido que importa assinalar que, diante do fato de boa parte das disposições constitucionais demandar regulamentação, a inércia do legislador ordinário em acatar o que se pode considerar como uma verdadeira ordem, emanada da Constituição, revela-se atentatória aos direitos fundamentais. A omissão legislativa caracteriza-se, assim, como conduta que restringe a efetividade

constitucional e obsta o pleno exercício dos direitos constitucionalmente assegurados.

A partir da Carta de 1988, o legislador constituinte brasileiro passou a preocupar-se com mecanismos de controle e intervenção jurisdicional na falta de norma regulamentadora do texto constitucional. Surge, pela primeira vez, nas constituições pátrias, o controle de constitucionalidade por omissão.

O dever de regulamentação, indispensável ao funcionamento e eficácia das normas constitucionais, afigura-se como obrigatório, na medida em que o texto constitucional reveste-se do caráter de verdadeiro comando, concluindo-se ser inconstitucional a inércia do destinatário desse mandamento.

Essa inconstitucionalidade, de acordo com o texto da Constituição da República Federativa do Brasil vigente, pode ser solucionada, através de atuação jurisdicional, de duas formas: pela ação direta de inconstitucionalidade supridora de omissão e pelo mandado de injunção.

Pelo procedimento estatuído para a primeira medida, a decisão judicial limita-se a constatar a omissão e a cientificar o poder competente para supri-la, ou, em se tratando o agente responsável pela edição de norma regulamentadora de órgão da Administração Pública, a decisão pode conter determinação para que seja regulamentado o comando constitucional¹, sob pena de responsabilização por seu descumprimento.

¹ Art. 103, § 2º, Constituição da República Federativa do Brasil.

Através do mandado de injunção, figura inédita no ordenamento constitucional pátrio, por outro lado, o legislador constituinte pretendeu criar mecanismo mais eficaz no combate da omissão. A ação, prevista no art. 5º, LXXI, da Carta de 1988, foi concebida como verdadeiro remédio constitucional, definido por Silva (2000, 442) como o conjunto de “*meios* postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando *sanar, corrigir*, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais” (grifos no original).

Trata-se, sem dúvida, de mecanismos distintos, muito embora visem à eliminação da inconstitucionalidade por omissão.

Todavia, após quase doze anos de vigência da atual Constituição da República Federativa do Brasil, o mandado de injunção não chegou a surtir plenamente seus efeitos, que consistem, basicamente, na eliminação da lacuna por provimento jurisdicional.

O presente trabalho tem por escopo, partindo da diferenciação dos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade supridora de omissão e do mandado de injunção, demonstrar que a sobrevivência dos argumentos que impedem o suprimento da omissão legislativa por decisão judicial (como concessão do *writ* buscado) – como abalo da independência harmônica entre os Poderes, por exemplo –, apesar de não se sustentarem perante as melhores técnicas de hermenêutica constitucional, esconde um complexo encadeamento de atos e decisões políticas que pretendem manter a Constituição no plano retórico e, com

isso, firmar na sociedade a perpetuação do *status quo*, protegendo o Estado contra eventuais investidas realmente democráticas.

Para alcançar a meta proposta, algumas etapas foram estabelecidas. Inicialmente, impõe-se ressaltar o papel da supremacia da Constituição e na proteção dos direitos fundamentais, como estrutura inerente ao Estado Democrático de Direito. Relevante, também, a ênfase ao abalo da hegemonia constitucional provocado pela falta de norma regulamentadora, pelo descumprimento de ordem emanada do legislador constituinte. Destaca-se, nesse cenário, a relevância do controle de constitucionalidade, instrumento de garantia da hegemonia das normas constitucionais, mormente no combate à inércia do legislador ordinário, principal destinatário do comando de regulamentar insculpido da Constituição da República Federativa do Brasil.

Com base nos posicionamentos da doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível identificar que o mandado de injunção, apesar de contar com mecanismos que lhe assegurem efetividade plena, não é concretizado nesses parâmetros, donde se extrai a conclusão crítica proposta no presente trabalho.

Assim, no primeiro capítulo, serão traçadas, sem a pretensão de se esgotar o tema, breves linhas para delimitar as feições do Estado Democrático de Direito e seu papel de garantidor dos direitos fundamentais, pautado na supremacia da Constituição.

Estabelecida a superioridade do ordenamento constitucional, são feitas algumas considerações sobre o controle de constitucionalidade, principal ferramenta de garantia do império das normas constitucionais sobre o ordenamento jurídico de um determinado Estado.

Partindo-se da premissa de que um Estado democrático de direito se funda, essencialmente, na proteção dos direitos fundamentais e de que se caracteriza pela prevalência soberana do texto constitucional, é ressaltado o papel do controle de constitucionalidade na preservação dessa condição.

No segundo capítulo, depois de feitas algumas considerações gerais sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, é enfocada a norma constitucional cuja efetividade é condicionada à regulamentação por lei infraconstitucional. Com base nessa premissa, destaca-se que a falta de regulamentação de preceito constitucional é tão lesiva à sua hegemonia quanto a edição de estatuto que seja incompatível com o conteúdo da Lei Suprema, e afeta igualmente o exercício dos direitos previstos na Constituição.

Ato contínuo, são feitas algumas observações sobre o controle de constitucionalidade direcionado à fiscalização das omissões legislativas e suas principais figuras (a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção), demonstrando-se a dessemelhança desses institutos. Finalmente, em breve análise de alguns excertos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que sintetizam o entendimento sustentado naquela Corte, é dimensionada a eficácia reconhecida ao mandado de injunção.

No terceiro capítulo, por derradeiro, após a demonstração de que o suprimento da omissão legislativa não fere a independência entre os Poderes – principal argumento do STF para negar ao mandado de injunção a eficácia esperada – com base no sistema de freios e contrapesos vigente, faz-se um alerta, sob o enfoque do que a autora denomina de “constitucionalismo crítico”, de que a negativa de efetividade do mandado de injunção esconde um complexo encadeamento de atos e decisões políticas destinados a retirar do discurso empunhado pelo poder a eficácia esperada e, com isso, assegurar a manutenção da realidade social como se apresenta.

O “constitucionalismo crítico” é desenvolvido como um novo enfoque dos elementos responsáveis pela inefetividade da Constituição e como uma proposta de releitura da dogmática constitucional.

Propõe-se a nova abordagem com o intuito de identificar os fatores “invisíveis”, não declarados no discurso normativo.

Assim, a construção do constitucionalismo crítico parte da premissa de que, identificando a distância, no sistema jurídico-constitucional, entre sua dimensão programadora e sua dimensão operacional, é possível apontar um objetivo não declarado da inoperância dos direitos constitucionalmente assegurados: a manutenção do *status quo* dos detentores do poder político (e econômico), que somente pode ocorrer às custas da aplicação seletiva das normas constitucionais. Ou seja, as causas da existência de tão grande parcela da população alijada de seus direitos constitucionais – concebidas pela dogmática tradicional como fruto de

fatores alheios ao objeto de estudo do Direito – passam a ser alvo direto de preocupação e deixam de ser atribuídas a mera casualidade.

Pretende-se identificar a ação deliberada – embora não declarada – dos detentores do poder no sentido de perpetuar as situações de desigualdade social e inefetividade das normas constitucionais. Assim, a construção, ainda em fase embrionária, desse novo recorte do Direito Constitucional assume como objeto denunciar a existência de real interesse na manutenção da ineficácia substancial dos preceitos constitucionais e, com isso, abrir caminho para a busca de soluções verdadeiras para os conflitos e tratamentos desiguais de pessoas que não poderiam ser discriminadas.

Essa nova abordagem pretende romper com a visão dual que se estabelece pelo constitucionalismo tradicional em relação ao sistema jurídico. O constitucionalismo crítico busca enfocar o ordenamento constitucional como um todo composto por duas dimensões que devem interagir e se complementar: a dimensão programadora e a dimensão operacional.

Somente com essa ótica unificada do Direito é possível fazer uma análise honesta das causas de inefetividade de tantos preceitos constitucionais, entre os quais se inclui o mandado de injunção.

A denúncia das funções não declaradas na inoperância do mandado de injunção reside na constatação de que o Direito sobrevive justamente em razão da contradição estabelecida entre sua dimensão programadora e sua dimensão

operacional, e não apesar desse conflito. Na verdade, o que se apresenta como relação de conflito quase insolúvel pela dogmática tradicional é justamente a relação que sustenta a hegemonia do Direito como meio de controle e dominação social. A ideologia sustentada pelo Estado contemporâneo sustenta-se justamente por não se realizar plenamente. Essa relação aparentemente viciosa é o alimento dos fatores reais de poder na sociedade, que se legitimam com o discurso de estarem sempre em busca de solução para os problemas reais ao mesmo tempo em que mantém vivos esses problemas, porque responsáveis pela perpetuação da carência que a sociedade tem de que uma “mão forte” – o Estado – esteja à frente da luta inglória contra o insucesso do discurso oficial.

A denúncia, então, dos fatores invisíveis que determinam a ineficácia do mandado de injunção é o objeto central do constitucionalismo crítico, cujas bases iniciais serão lançadas neste trabalho.

O método de abordagem utilizado no trabalho de pesquisa é o dedutivo, uma vez que, a partir da percepção geral acerca do mandado de injunção, em suas concepções normativa e doutrinária, será demonstrado que as hipóteses confirmadoras da possibilidade de se conferir à medida maior efetividade não são, propositadamente, levadas a cabo pelo poder governamental.

Uma vez que o enfoque do trabalho de pesquisa é essencialmente conceitual, o método adotado é o de pesquisa qualitativa, do tipo monográfico.

Foram priorizadas as citações diretas, apesar de se reconhecer que podem tornar a leitura um tanto pesada, no intuito de preservar seu valor informativo.

Das referências bibliográficas constam, além das obras diretamente referidas no decorrer do trabalho, também aquelas que, apesar de não mencionadas, fizeram parte da pesquisa e contribuíram para sua realização.

Essa pesquisa, desenvolvida com base no cenário aqui sintetizado, foi inicialmente planejada no sentido de buscar mecanismos, presentes do Direito brasileiro, que pudessem conferir ao remédio constitucional enfocado a prerrogativa de efetivamente suprir as omissões legislativas que inviabilizam o exercício dos direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos brasileiros.

Contudo, durante seu desenrolar, foi constatado que várias sugestões de efetividade já haviam sido brilhantemente concebidas pela doutrina constitucional pátria, de sorte que, concluiu-se, a dimensão dada ao mandado de injunção poderia esconder motivações não reveladas, que, então, passaram a ser investigadas pela autora sob um olhar crítico.

A construção desse enfoque crítico foi concebida, então, como um ensaio, e, justamente porque contém idéias ainda embrionárias, não pretende esgotar o tema nem findar as indagações sobre o tema. Ao contrário, pretende estimular as discussões que, oxalá, daí possam germinar.

**1. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Os modelos de Estado e Constituição como são hoje concebidos, pode-se afirmar, originaram-se com as Revoluções Americana e Francesa.

Até esse momento, o Estado ainda era sustentado nas bases de um esquema medieval de sociedade dividida em classes e de reconhecimento de direitos humanos estamentais. Conforme esse modelo, os direitos humanos eram “disponibilizados”, pelos detentores do poder político, aos indivíduos de acordo com a classe social ocupada pelos últimos.

Como assevera Canotilho (1999a), a construção inglesa do constitucionalismo não conseguiu conter o sistema estamental de previsão dos direitos humanos consolidado na Idade Média. As Revoluções Americana e Francesa edificaram, então, uma nova concepção dos direitos do homem: direitos individuais, não condicionados à classe social ocupada por seus titulares, consistentes basicamente

na proteção da liberdade e da propriedade, garantidos pelo império da lei sobre a vontade dos governantes.

Surge, em decorrência desses movimentos revolucionários, a idéia de limitação do Estado como meio de assegurar as prerrogativas de liberdade – e o direito à propriedade – dos governados.

A idéia de liberdade individual como contraponto ao poder do Estado passava, todavia, por uma limitação natural: a vida em sociedade do homem livre. A fim de que a liberdade de todos os indivíduos integrantes do grupo social fosse assegurada, seriam necessárias a organização das ações e a própria previsão formal dos direitos. Fortalece-se a necessidade de regulação das relações dos indivíduos na sociedade civil e com o Estado e, com ela, a pergunta: “a quem compete fazê-lo?”.

Se, por um lado, não poderiam os “homens livres” auto-regular seus direitos, por outro, tal prerrogativa também não poderia ser atribuída ao Estado, visto como opressor e inimigo natural da liberdade².

² Canotilho (1999a, 52/54) trata da matéria em percuciente síntese:

Uma primeira interrogação será esta: como e porquê a formação de uma tradição constitucional francesa (ou portuguesa) não tem os mesmos traços do evolucionismo britânico? Por outras palavras: como se explica o aparecimento de categorias políticas novas, expressas em *kampfsparole* (“palavras de combate”) – *estado, nação, poder constituinte, soberania nacional, constituição escrita* – para dar resposta a algumas questões já resolvidas pelo constitucionalismo britânico? Como já se referiu, estas categorias só podem ser compreendidas se as localizarmos no terreno das fracturas epocais, ou seja, no campo das rupturas revolucionárias ocorridas no século XVIII. Isto permitirá compreender várias coisas. Em primeiro lugar, a sedimentação histórica do tipo inglês não rompera totalmente com os esquemas tardo-medievais dos “direitos dos estamentos”. Ora, a Revolução Francesa procurava edificar uma nova ordem sobre os *direitos naturais dos indivíduos* – eis o primeiro momento individualista – e não com base em posições subjectivas dos indivíduos enquanto membros integradores de uma qualquer *ordem jurídica estamental*. Os direitos do homem eram *individuais*:

Nasce um novo poder político em que se confere ao Direito a missão de organizar e limitar o poder estatal com vistas à preservação dos direitos individuais, à época sintetizados em torno da idéia de liberdade.

todos os homens nasciam livres e iguais em direitos e não “naturalmente desiguais” por integração, segundo a “ordem natural das coisas”, num dado estamento. A defesa dos direitos, para além da defesa da *liberty and property* perante o poder político, era também um gesto de revolta contra os *privilégios* do “senhor juiz”, do “senhor meirinho”, do “senhor almoxarife”, do “senhor lorde”. A expressão póstuma – *ancien régime* – mostra claramente isto: a “ruptura” com o “antigo regime” e a criação de um “novo regime” significa uma nova ordem social e não apenas uma adaptação político-social ou ajustamento prudencial da história.

Em segundo lugar, o momento fractal do individualismo repercute-se na *legitimação/fundação* do novo poder político. O governo limitado e moderado da Inglaterra – a sua *constituição mista* – acabou por deixar na sombra (embora isso tivesse sido discutido) uma questão fundamental da modernidade política: como podem os homens livres e iguais *dar a si próprios* uma lei fundamental? A ordem dos homens é uma *ordem artificial* (como o demonstrara Hobbes), “constitui-se”, “inventa-se” ou “reinventa-se” por acordo entre os homens. Numa palavra: a ordem política é *querida e conformada* através de um *contrato social* assente nas vontades individuais (tal como o defendiam as doutrinas contratualistas).

A imbricação destes dois momentos fractais – o da afirmação de direitos naturais individuais e da “artificialização-contratualização” da ordem política – explica uma outra característica do constitucionalismo revolucionário – o *construtivismo político-constitucional*. A arquitetura política precisava de um “plano escrito”, de uma constituição que, simultaneamente, garantisse direitos e conformasse o poder político. Em suma: tornava-se indispensável uma *constituição*. Feita por quem? Surge, aqui, precisamente uma das categorias mais “modernas” do constitucionalismo – a categoria do *poder constituinte* – no sentido de um poder originário pertencente à Nação, o único que, de forma autónoma e independente, poderia criar a lei superior, isto é, a *constituição* (grifos no original).

Formaliza-se a tripartição dos Poderes, competindo ao Legislativo a geração das leis, ao Executivo sua aplicação não contenciosa e ao Judiciário sua aplicação contenciosa (Ferreira Filho, 1999a). O exercício das atividades de todos os Poderes fica sujeito, sem exceção, ao império da Constituição.

Nessa fase, era bastante sólida a dicotomia Estado X Sociedade Civil. O primeiro era visto como inimigo da segunda e, por isso, sofreu limitações, assumindo feições absenteístas.

O autor prefere classificar os direitos fundamentais em dimensão por entender que a expressão mais correntemente utilizada, geração de direitos, pode levar à errônea conclusão de que uma geração substitui a anterior, o que não é verdade, uma vez que cada “dimensão” de direitos se constrói sem excluir as já existentes.

É a estruturação do Estado de Direito, erigido sobre as bases do Direito Natural, assim descrito por Ferreira Filho (1999b, 4):

Este Estado, em sua forma típica e original, caracteriza-se, primeiro, pelo reconhecimento de que o Poder é limitado por um Direito superior, que está fora de seu alcance mudar. Tal Direito, natural porque inerente à natureza do homem, constitui a fronteira que sua atuação legítima não pode ultrapassar. Visto do ângulo dos sujeitos (passivos) do Poder, esse Direito é um feixe de liberdades, que preexistem à sua declaração solene, e recobrem o campo da autonomia da conduta individual. Autonomia que é regra, a qual apenas sofre as restrições estritamente necessárias ao convívio social.

A titularidade da prerrogativa de ditar as normas resultantes no “Direito superior” a que se sujeitava a conduta estatal é atribuída, então, ao Poder Constituinte, representante da soberania popular e preexistente à organização do Estado, ditada por ele.

Os atos do Estado, assim, são delimitados e vinculados por leis gerais e abstratas, excluindo-se das decisões políticas o aspecto da personalidade do governante: é o governo das leis ocupando o lugar do governo dos homens.

Acaba de nascer o Estado contemporâneo, em que o governante deixa de ser o detentor absoluto do poder para transformar-se em administrador e gerenciador das funções básicas que lhe outorgam as leis constitucionais³ em favor da

³ Formaliza-se a tripartição dos Poderes, competindo ao Legislativo a geração das leis, ao Executivo sua aplicação não contenciosa e ao Judiciário sua aplicação contenciosa (Ferreira Filho, 1999a). O exercício das atividades de todos os Poderes fica sujeito, sem exceção, ao império da Constituição.

preservação das liberdades individuais, tudo assegurado pela supremacia da Constituição: é o Estado constitucional.

Nesse primeiro momento do Estado de Direito, imperam as preocupações com a preservação da liberdade e com as garantias de não-intromissão do poder governamental nas ações da sociedade civil⁴: vislumbra-se o constitucionalismo liberal, responsável pela afirmação, no âmbito formal, dos direitos individuais ou, como enfatiza Sarlet (1998, 48), dos direitos de primeira dimensão⁵, “apresentados como direitos de cunho ‘negativo’, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, ‘direitos de resistência ou de oposição perante o Estado’” (grifos no original).

O Estado de Direito nasce, então, da necessidade de preservação dos direitos individuais, constantemente vilipendiados pelo abuso no exercício do poder político.

A tônica da tutela dos direitos fundamentais perpetua-se, como será visto, ao longo das transformações do Estado de Direito, donde afirma-se que a meta da estruturação do Estado constitucional é a salvaguarda dos direitos do homem.

⁴ Nessa fase, era bastante sólida a dicotomia Estado X Sociedade Civil. O primeiro era visto como inimigo da segunda e, por isso, sofreu limitações, assumindo feições absenteeístas.

⁵ O autor prefere classificar os direitos fundamentais em dimensão por entender que a expressão mais correntemente utilizada, geração de direitos, pode levar à errônea conclusão de que uma geração substitui a anterior, o que não é verdade, uma vez que cada “dimensão” de direitos se constrói sem excluir as já existentes.

A simples previsão normativa dos direitos de liberdade, ainda que em estatuto supremo do ordenamento jurídico, não foi suficiente para aplacar as necessidades sociais. Com efeito, em nome do exercício da liberdade, as desigualdades sociais se acentuaram e o gozo dos direitos fundamentais concebidos como universais ficou restrito a pequena parcela dos integrantes da sociedade civil, justamente aquela parcela detentora do poderio econômico.

Ademais, a estrutura do Estado de Direito restrita à sujeição ao império da lei deu lugar a algumas deturpações, já que nem sempre a lei foi entendida como sinônimo de justiça ou mantinha coerência com os ideais fundamentais do Direito.

Nesse sentido, alerta Silva (2000, 118):

Por outro lado, se se concebe o Direito como um conjunto de normas estabelecidas pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser Estado de Legalidade, ou Estado legislativo, o que constitui uma redução deformante. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente.

O autor alerta que o conceito de Estado de Direito acaba intimamente ligado ao conceito de Direito e, citando Carl Schmitt, adverte que existe o Direito feudal, o estamental, o burguês, o nacional, o social, o ditatorial, entre tantas outras derivações.

O conceito de Estado de Direito, então, tornou-se frágil diante dessas deturpações e insuficiente para assegurar a proteção dos direitos fundamentais do homem, base primeira de toda (r)evolução na estrutura do constitucionalismo.

O constitucionalismo passa, com isso, por uma remodelagem, e são integrados ao rol dos direitos fundamentais os direitos sociais, identificados como os pertencentes à segunda dimensão, ou direitos de igualdade, que, partindo da premissa de intervenção do Estado no domínio econômico e controle da sociedade civil, visam à garantia de acesso universal aos direitos fundamentais.

Essa transição é identificada por Bonavides (1997, 537) como “a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição”, com o que

o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna – separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado liberal – se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende como os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social.

A realização dos direitos fundamentais passa, a partir daí, a ser vista como dependente não só da sua garantia meramente formal ou normativa, mas também do implemento concreto de mecanismos de proteção e concretização, sedimentados pela atuação do Estado. Inicia-se o movimento no sentido de buscar maior efetividade dos direitos fundamentais através da sua garantia por parte do Estado.

O Estado de Direito, constituído sob a égide do sistema liberal, que tinha por fundamentos sua submissão ao império da lei, a divisão de poderes e o enunciado dos direitos individuais, dá lugar, no início deste século, ao Estado Social de Direito, que sai da antiga neutralidade e quase indiferença em relação aos movimentos sociais e assume a direção das relações jurídicas e a tarefa de garantir os direitos fundamentais do homem, assim como de assegurar-lhe o bem-estar social.

Consoante Bonavides (1997, 520-521):

Não se pode deixar de reconhecer aqui o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado materialmente a uma liberdade “objetivada”, atada a vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser “criados”, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais da segunda geração.

A busca desses pressupostos inspira, em rigor, o eixo normativo ao redor do qual gravitam não somente as novas Constituições, senão também boa parte da legislação de direitos fundamentais das últimas décadas constante de tratados, pactos e convenções.

A nova universalidade dos direitos fundamentais é inseparável da criação desses pressupostos fáticos. Sobre eles já não tem o indivíduo propriamente o poder. Passaram a ser vistos numa perspectiva também de globalidade, enquanto chave de libertação material do homem. Ganharam, pois, um novo nível de ação, bem mais alto, que não é o de um Estado particular, mas o de uma comunidade de Estados ou de toda a comunidade de Estados.

A idéia original era concretizar, no âmbito material, mecanismos de proteção aos direitos fundamentais. Assim, a previsão dos direitos humanos saía do

enfoque exclusivamente normativo e acabava por se concretizar através de mecanismos concretos de redução das desigualdades.

Todavia, a implantação do novo modelo não teve êxito imediato, como ressalta Bonavides (1997) em relação aos direitos sociais, dizendo que inicialmente não eram dotados da necessária força normativa e, tendo questionada sua juridicidade, foram remetidos à esfera programática. Reconhecida sua eficácia normativa, passaram por problemas de concretização e observância que, não é difícil notar, se perpetuam até hoje.

Há ressaltar, contudo, que, embora a realização dos direitos sociais de maneira satisfatória seja missão árdua para o Estado e para a sociedade, a doutrina constitucional atual já reconhece, em tal categoria, ampla eficácia normativa, mesmo quando se trate da previsão das normas ditas programáticas.

A idéia de Estado evoluiu, então, para a noção de Estado Democrático de Direito que, preservando as conquistas antes alcançadas no sentido de limitar o poder político e de provocar sua atuação em defesa dos direitos fundamentais, pretendeu torná-las mais eficazes.

Como define Canotilho (1999b, 21),

o Estado de direito transporta *princípios e valores* materiais razoáveis para uma ordem humana de justiça e de paz. São eles: a *liberdade* do indivíduo, a *segurança* individual e colectiva, a *responsabilidade* e *responsabilização* dos titulares do poder, a *igualdade* de todos os cidadãos e a *proibição* de discriminação de indivíduos e grupos. Para tornar efectivos

estes princípios e estes valores, o Estado de direito carece de *instituições*, de *procedimentos* de acção e de *formas* de revelação de poderes e competências que permitam falar de um *poder democrático*, de uma *soberania popular*, de uma *representação política*, de uma *separação de poderes*, de *fins e tarefas* do Estado. A forma que na nossa contemporaneidade se revela como uma das mais adequadas para colher esses princípios e valores de um Estado subordinado ao direito é a do *Estado constitucional de direito democrático e social ambientalmente sustentado* (grifos no original).

O Estado preserva as características liberais de limitação do poder e assume feições que lhe conferem maior legitimidade e função social: os governados devem participar de suas decisões, diretamente ou através de representantes, e estas devem estar voltadas para a satisfação dos direitos fundamentais, com a criação de todos os mecanismos necessários à concretização das garantias.

Consoante salienta Canotilho (1999b, 56), o Estado de direito é um Estado de direitos fundamentais:

Dizer que o Estado de direito é um *Estado de direitos* significa, desde logo, que eles regressam ao estatuto de *dimensão essencial* da comunidade política. Não admira, por isso, a sua *constitucionalização*. Estarem os direitos na constituição significa, antes de tudo, que beneficiam de uma tal dimensão de *fundamentabilidade* para a vida comunitária que não podem deixar de ficar consagrados, na sua globalidade, na lei das leis, ou lei suprema (a constituição). Significa, em segundo lugar, que, valendo como direito constitucional superior, os direitos e liberdades obrigam o legislador a respeitá-los e a observar o seu núcleo essencial, sob pena de nulidade das próprias leis.

A constitucionalização dos direitos revela a *fundamentabilidade* dos direitos e reafirma sua *positividade* no sentido de os direitos serem posições

juridicamente garantidas e não meras proclamações filosóficas, servindo ainda para *legitimar* a própria ordem constitucional como ordem de liberdade e de justiça (grifos no original).

Silva (2000, 123-124), após advertir que o insucesso do Estado de Direito liberal não conseguiu proteger os direitos fundamentais, que tampouco se concretizaram no Estado Social de Direito, vê no Estado Democrático de Direito condição que nossa Carta Magna imputa ao Brasil, a possível solução para as deficiências na efetiva tutela dos direitos humanos, e assim preconiza, destacando os dispositivos constitucionais que amparam sua construção doutrinária:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim um diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

O Estado passa a revestir-se de características “garantistas”, assumindo as atribuições de não só conceder pela lei os direitos, mas de fornecer os meios formais e materiais para sua real obtenção.

A teoria do garantismo estatal foi concebida por Luigi Ferrajoli e, embora edificada em crítica ao sistema penal, é perfeitamente aplicável às demais áreas do Direito, sobretudo no Direito Constitucional, justamente por tratar da posição do Estado frente à garantia dos direitos fundamentais.

A construção teórica de Ferrajoli (2000) sustenta-se na crítica à dissociação entre o Estado de Direito erigido nas leis e a concretização de suas funções. O autor atribui essa crise, além da falta de recursos reais para satisfação dos direitos, a uma inflação legislativa causada por ações do próprio poder público, que considera ilegítima porquanto atentatória aos princípios supremos.

Dois dos enfoques propostos pelo autor do que chama “Teoria Garantista” são relevantes para o presente trabalho: o primeiro, que “designa um modelo de ordenamento dotado de meios de invalidação de todo exercício do poder em contraste com normas superiores ditadas para a tutela dos direitos fundamentais” (2000, 880); o segundo, consistente na edificação de uma “teoria jurídica que permite a crítica e a deslegitimação interna das normas vigentes inválidas” (*idem*).⁶

Assim, tem-se também na Teoria do Garantismo uma nova visão de Estado, comprometido não apenas com a previsão formal dos direitos fundamentais e não somente limitado por ela. O Estado “garantista”, mais do que um Estado social, deve ser capaz de conter os abusos praticados pelo próprio poder público quando, embora legitimados pela formalidade, destoem dos limites e metas colocados na Constituição.

A teoria “garantista” reforça, então, a máxima efetividade da Constituição, principalmente no que concerne à tutela dos direitos fundamentais, buscando novos meios de perpetuar e tornar absoluta essa proteção. Vai ao encontro da concepção do Estado Democrático de Direito, em que aparece uma nova concepção de efetividade das normas constitucionais, que pretende sepultar as questões sobre a eficácia das normas relativas à previsão dos direitos sociais, mesmo aquelas ditas programáticas.

A previsão de direitos fundamentais de caráter individual não gera, no ordenamento jurídico pátrio, maiores controvérsias ou problemas quanto ao reconhecimento, pelos menos formal, de sua efetividade. As disposições previstas no art. 5º da Constituição são auto-aplicáveis, por força do seu parágrafo primeiro.

A doutrina constitucional ainda se divide, em contrapartida, quanto à vinculação do legislador pelas normas programáticas⁷, uma vez que a concretização

⁶ O texto original foi traduzido para a transcrição.

⁷ Há, na doutrina constitucional, alguma divergência semântica em torno do conceito de normas programáticas, que merece esclarecimentos.

Sarlet (1998, 265) parte

da premissa de que todas as normas da Constituição aptas a serem enquadradas no grupo das normas de cunho programático apresentam um elemento comum que justifica suficientemente esta opção, qual seja, o de que todas estas normas se caracterizam pelo fato de reclamarem, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos, uma interposição do legislador. Cuida-se, portanto, de normas que apresentam a característica comum de uma (em maior ou menor grau) baixa densidade normativa, ou, se preferirmos, uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementados pelo Estado, ou que contêm determinadas imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao Legislador.

Para Silva (1998), normas programáticas seriam as normas-meta, ao passo que aquelas que demandam mera regulamentação seriam normas de eficácia limitada de princípio impositivo. Classificação semelhante é adotada por Canotilho (1994). Ver, também, considerações do Capítulo II.

dos preceitos não depende simplesmente de sua regulamentação, deixando de considerar inconstitucionais omissões consistentes na falta de sua regulamentação⁸. No entanto, é uníssona em reconhecer nas normas programáticas a prerrogativa de vincular os atos do Estado, que deve conduzir suas decisões na direção determinada no programa constitucional.

Como assevera Sarlet (1998, 265-266):

Importa ressaltar, ainda, que, ao utilizarmos a expressão genérica escolhida (normas de cunho programático), o fazemos convictos de que também estas normas são dotadas de eficácia e não podem ser consideradas meras proclamações de cunho ideológico ou político, pois, se assim fosse, efetivamente haveríamos de compartilhar o ponto de vista dos que sustentam a inexistência de normas programáticas. Com efeito, já se assinalou alhures que todas as normas constitucionais, mesmo as que fixam programas ou tarefas para o Estado, possuem o caráter de autênticas normas jurídicas, no sentido de que mesmo sem qualquer ato concretizador se encontram aptas a desencadear algum efeito jurídico.

Na concepção de Constituição dirigente, Canotilho (1994) também reconhece nas normas-tarefa a capacidade de vincular a atuação estatal, conduzindo o poder público na persecução dos fins nelas colimados, sob pena de reconhecimento de incompatibilidade com o texto constitucional.

Adota-se, como sinônimo de normas programáticas, aquelas que estatuem metas a ser perseguidas pelo Estado e cuja implementação depende de mais condições do que a mera regulamentação legislativa.

⁸ Ver Capítulo II (O problema da falta de norma regulamentadora de preceito constitucional): Canotilho (1994) reconhece que a previsão de normas programáticas não vincula o legislador ao dever de regulamentação.

Sarlet (1998, 267) ressalva a dificuldade no reconhecimento de direitos subjetivos com base em normas programáticas, pela amplitude de seu conteúdo e conseqüente dificuldade de operacionalização e concretização, para reafirmar “que todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível (sic) da Constituição e independentemente de intermediação legislativa”.

O mesmo autor (1998, 268-271) sintetiza com extrema propriedade os aspectos das normas programáticas levantados pela doutrina constitucional que confirmam sua eficácia, mesmo sem atuação intermediária do legislador ordinário:

a) Acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental e, por via de conseqüência, sua desaplicação, independentemente de uma declaração de inconstitucionalidade, (...).

b) Contêm imposições que vinculam o legislador, no sentido que este não apenas está obrigado a concretizar os programas, tarefas, fins e ordens, mas também que o legislador, ao cumprir seu desiderato, não pode afastar-se dos parâmetros preestabelecidos nas normas definidoras de direitos fundamentais a prestações. (...)

c) Com base no exposto no item anterior, constata-se também que se impõe a declaração da inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição, caso colidentes com o conteúdo dos direitos fundamentais, isto é, caso contrários ao sentido dos princípios e regras contidos nas normas que os consagram.

d) Os direitos fundamentais prestacionais de cunho programático constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas

jurídicas (demais normas constitucionais e normas infraconstitucionais), já que contêm princípios, diretrizes e fins que condicionam a atividade dos órgãos estatais e influenciam, neste sentido, toda a ordem jurídica, (...).

e) Os direitos fundamentais a prestações – mesmo os que reclamam uma *interpositio legislatoris* – geram sempre algum tipo de posição jurídico-subjetiva, e não restrita à concepção de um direito subjetivo individual a determinada prestação estatal, (...).

f) Ainda no que concerne à eficácia dos direitos a prestações de cunho programático, não se pode deixar de considerar a problemática dos direitos que já foram objeto de concretização pelo legislador. Neste sentido, impõe-se a indagação sobre se um dos efeitos inerentes às normas constitucionais que consagram direitos fundamentais desta natureza não seria também o de gerarem o que habitualmente se denominou de uma proibição de retrocesso, isto é, de impedir o legislador de abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas.

Assim, não há dúvida quanto às condições técnicas de plena eficácia das normas instituidoras dos direitos fundamentais, mesmo quando se trate de normas programáticas instituidoras dos direitos sociais. Dessa sorte, há preservar, acima de quaisquer atos ou circunstâncias obstativas de sua concretização, os direitos fundamentais, porquanto somente assim poderá se falar em legítimo Estado Democrático de Direito, vigente sob a absoluta supremacia da Constituição, estatuto que, pelo menos formalmente, emana do poder constituinte e representa a soberania popular.

A idéia de prevalência dos direitos fundamentais num Estado limitado pelo Direito e pela soberania popular, então, deve passar pela supremacia da Constituição e pela realização plena de todos os mecanismos que possam garanti-la.

Nesse passo, impõe-se a consideração de que, nos tempos atuais, a condição de supremacia da Constituição, nos moldes concebidos para o Estado Moderno, são colocados em xeque.

Os novos movimentos mundiais, que se caracterizam notadamente pela globalização das relações econômicas, sociais e políticas, acabam por criar novos fatores de poder, antes repelidos pelo modelo de Estado soberano.

A formação de grupos econômicos, a internacionalização das relações econômicas e a mudança no cenário político mundial são aspectos que, cada vez mais, influenciam na administração interna dos Estados. É impossível conceber, hoje, uma ordem interna completamente desvinculada e soberana em relação à ordem internacional.

Acaba surgindo, com premência, a necessidade de adequar o Direito à nova realidade. Nesse passo, sustenta-se o alerta para os novos movimentos políticos e para os novos fatores determinantes das relações políticas e jurídicas, que, como já dito, vão resultar em novos fatores de poder, aptos a interferir na ordem jurídica estruturada nos Estados.

A própria Constituição acaba por aderir aos novos modelos, e desse contexto não refoge a Constituição da República Federativa do Brasil, que evidencia

uma tendência ao favorecimento da internacionalização e, ao mesmo tempo, se ressentido de mecanismos que possam efetivamente garantir sua condição suprema e, por conseguinte, manter a supremacia dos direitos fundamentais.

Todavia, o mais evidente meio de proteção da hegemonia constitucional ainda parece ser o controle de constitucionalidade, que assume relevante papel na tutela dos direitos fundamentais, como será visto a seguir.

2. PAPEL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A interpretação e aplicação da Constituição, como visto, pauta-se no princípio de sua supremacia sobre as demais normas jurídicas, conferindo-lhe a condição de rigidez constitucional, que assegura sua modificação sujeita a limites estabelecidos pelo próprio poder constituinte originário e limita o raio de ação do poder legislativo infraconstitucional. A idéia de supremacia da Constituição, assim, compatibiliza-se com a estrutura do Estado Democrático de Direito ou com a forma do Estado “garantista”, haja vista que impõe a extrema eficácia da norma constitucional e lhe confere a capacidade de vincular os atos do poder governamental.

É nesse sentido o enfoque de Barroso (1999, 158-159):

Sistematizando, então, as idéias pertinentes, vai-se ver que a supremacia da Constituição é tributária da idéia de superioridade do poder constituinte sobre as instituições jurídicas vigentes. Isso faz com que o

produto do seu exercício, a Constituição, esteja situado no topo do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade de todas as demais normas, conforme a teoria clássica já exposta. Essa supremacia somente se verifica onde exista Constituição rígida. Aliás, a rigidez interage, em uma relação recíproca de causa e efeito, com outro fenômeno que contribui para a primazia da ordem constitucional: a vocação maior de permanência e estabilidade que acompanha a Lei Fundamental, em contraste com a mutabilidade da legislação ordinária.

A idéia levantada pelo autor de perenidade das Constituições passa, então, pela organização de procedimentos que, para além das ideologias dos detentores do poder, garantam a supremacia da ordem constitucional e seus preceitos fundamentais.

Mendes (1999) adverte, sob esse mesmo prisma, que a noção real de Estado Democrático de Direito se erige sobre a idéia de que mesmo o Estado é capaz de praticar atos ilícitos, seja por abuso de autoridade dos governantes, seja por mero equívoco. É necessário, então, criar mecanismos que protejam, dos próprios atos políticos emanados do Governo, na maioria das vezes corporificados em atos normativos, a Constituição.

Dentre esses mecanismos, sobressai o controle de constitucionalidade, que pode ser definido como a verificação de compatibilidade entre a Constituição e o ordenamento infraconstitucional, com o fito de, preservando a supremacia daquela, excluir do mundo jurídico as normas com ela incongruentes.

À guisa de esclarecimento, importa ressaltar que o controle de constitucionalidade assume duas feições básicas, de acordo com a natureza do órgão público a quem incumbe seu exercício: político e jurisdicional. Admite-se, em alguns ordenamentos, o exercício conjunto das duas modalidades, caracterizando-se o sistema misto de controle de constitucionalidade.

O modelo brasileiro é visto, por alguns autores⁹, como exclusivamente jurisdicional e, por outros¹⁰, como sistema misto.

Neste último caso, admite-se a possibilidade do exercício do controle político de constitucionalidade pela atuação, durante o processo legislativo, das Comissões de Constituição e Justiça do Congresso Nacional e de suas Casas e pelo exercício do poder de veto pelo Presidente da República, cabendo aqui, ainda, a prática do controle político após a edição dos atos normativos, a saber, a apreciação, pelo Congresso Nacional, das leis delegadas e a cassação de medidas provisórias, sempre que inconstitucionais. Poletti (2000) atribui a origem da estrutura do controle político de constitucionalidade à separação rígida dos Poderes estatais apregoada pela Revolução Francesa, cenário em que não se tolerava em hipótese alguma a intervenção de um Poder sobre outro, a fiscalização de constitucionalidade das leis somente poderia ser feita pelo órgão a quem competia sua elaboração.

Evoluindo a separação de poderes para o sistema de freios e contrapesos, passou a se considerar que o controle externo de um Poder por atos de

⁹ José Afonso da Silva, por exemplo.

¹⁰ Celso Ribeiro Bastos e Alexandre de Moraes.

outro seria mais salutar à democracia e ao controle dos regimes autoritários. Nesse novo contexto, admite-se o controle jurisdicional, largamente adotado no ordenamento brasileiro.¹¹

Freeman (1994) aponta, em análise sobre o papel do controle jurisdicional de constitucionalidade da democracia, alguns argumentos que sustentam ser a prática atentatória contra o ideal democrático, pautado nos princípios de participação (direta ou representativa) igualitária da população e definição das decisões políticas pela maioria, porquanto os juízes não representam, do ponto de vista procedimental de democracia, o povo, por não serem eleitos.

O autor rebate esses argumentos, propondo um novo modelo de democracia, mais complexo que aquele antes referido (que mais se parece com a democracia da Grécia antiga): a democracia constitucional. De acordo com esse paradigma, o povo exerce a sua participação igual e a vontade da maioria é respeitada no momento de criação da Constituição. Submetidos a ela, na qualidade de poderes ordinários, estão os poderes estatais, inclusive o Legislativo.

Partindo da premissa de diferenciação entre o poder constituinte e o poder ordinário, ou constituído, é possível conceber a limitação da função legislativa pela “soberania popular” expressada na ordem constitucional.

¹¹ Os autores que reconhecem no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade apenas o jurisdicional negam a natureza de controle das práticas inerentes ao controle político, porquanto incidentes sobre a fase embrionária da lei, momento em que o ato normativo ainda não existe no mundo jurídico.

Na escolha constitucional, os representantes democráticos procurarão assegurar que os procedimentos ordinários para a elaboração de leis não comprometam a soberania de ninguém. Isso oferece uma razão para a imposição de limitações constitucionais a procedimentos de maioria simples – limitações para garantir que os direitos básicos e as exigências da justiça sejam levados em conta e respeitados. É fundamental entre essas limitações uma carta constitucional de direitos, que ademais especifica os direitos básicos que os cidadãos têm à luz do conhecimento que dispõem de suas próprias circunstâncias. Uma carta de direitos é uma forma de os cidadãos salvaguardarem não somente seus direitos políticos iguais, mas também os outros direitos necessários para a busca livre do próprio bem por parte de cada um. Por meio de uma carta de direitos, os cidadãos concordam, com efeito, em retirar certos itens da agenda legislativa. Fazendo isso, eles reconhecem publicamente que a preservação da soberania e da independência de cada um é uma condição de sua associação (Freeman, 1994, 189-190)

Dessas considerações surge a indagação: quais mecanismos podem assegurar o exercício das prerrogativas legislativas ordinárias sem que desvirtuem o conteúdo da Constituição, expressão da soberania popular?

Vislumbra-se, nesse sentido, a concretização do controle judicial sobre atos praticados pelos outros Poderes. Dessa forma, estariam asseguradas as condições mínimas de equilíbrio da ordem jurídica. Sem dúvida, a proteção dos direitos inerentes ao ser humano, em todas as suas dimensões, sustenta-se, em boa parte, nos mecanismos de provocação do Poder Judiciário, a quem incumbe a solução das controvérsias e a apresentação de formas de reparação de prejuízos causados por práticas atentatórias contra a ordem legal.

Admite-se, então, que essas práticas possam emanar do próprio Estado e discrepar dos padrões exigidos na Constituição, carta máxima de garantia dos direitos fundamentais. Nesse cenário insere-se o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário: apresenta-se como uma das formas de ação do sistema de freios e contrapesos da separação de poderes a serviço da manutenção do ideal democrático e da soberania popular.

Com base nessas considerações preliminares, é possível analisar o controle jurisdicional de constitucionalidade, sua estrutura e seu papel no ordenamento jurídico brasileiro.

O controle jurisdicional brasileiro de constitucionalidade assume duas feições básicas: difuso e concentrado. O primeiro, modelo vigente desde a primeira Constituição da República (1891), caracteriza-se principalmente por seu caráter incidental, sendo vedado o controle de lei sem a demonstração nonexo causal entre a inconstitucionalidade e o interesse de agir do autor. A competência para o julgamento do pedido de inconstitucionalidade é estabelecida segundo os critérios que informam o direito processual ordinário (territorial, pessoal ou material), e os efeitos da decisão ficam restritos às partes litigantes.

No controle concentrado, integrado ao ordenamento constitucional pátrio em 1934, somente o Supremo Tribunal Federal é competente para apreciar o pedido, que se limita à perquirição acerca da (in)constitucionalidade de lei em tese e somente pode ser formulado pelas pessoas indicadas taxativamente pela Constituição.

No primeiro caso, o bem jurídico diretamente tutelado é o interesse individual e, no segundo, a integridade do ordenamento constitucional.

O controle de constitucionalidade é, sem dúvida, corolário do princípio da legalidade, que garante a “segurança jurídica” em um Estado Democrático de Direito. E, se a segurança jurídica é fortalecida pela subsunção dos atos à lei, esta não pode discrepar do ordenamento constitucional, sob pena de ilegitimidade e atentado aos princípios fundamentais do modelo estatal moderno.

De toda forma, o controle de constitucionalidade tem o papel de assegurar o cumprimento da Constituição, preservando sua supremacia, donde se conclui estar também a serviço da supremacia dos direitos fundamentais do homem.

Nesse sentido, esclarece Moraes (1999, 535):

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.

Na mesma direção, enfatiza Mendes (1999, 36):

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito

subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

A idéia de supremacia da Constituição e a fixação do papel do controle de constitucionalidade em assegurá-la passam pela preservação do que Mendes (1999) identifica como a proteção do núcleo essencial de organização dos direitos fundamentais contra seu esvaziamento por atos estatais que restrinjam, de forma descabida, desmesurada ou desproporcional, seu alcance.

Assim, considerando que a meta primeira de toda limitação do poder estatal é assegurar, aos governados, direitos básicos de proteção contra arbitrariedades, que a idéia de Estado moderno pressupõe a submissão dos atos governamentais a um ordenamento supremo, responsável por consolidar esses direitos fundamentais de proteção, e que essa supremacia deve ser garantida pela previsão de procedimentos rígidos de interpretação constitucional, é possível concluir que o controle de constitucionalidade – mecanismo de fiscalização da observância das premissas apresentadas – está, antes de tudo, a serviço da supremacia e garantia de plena eficácia dos direitos fundamentais.

E mais: é possível dizer que o Poder Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade, pode – e deve – contribuir, como agente ativo, para a consolidação do que Sousa Santos (1996, 276) chama de uma “nova teoria de democracia”, que pretende assegurar o exercício da cidadania como sendo a capacidade de qualquer indivíduo de usufruir dos direitos fundamentais que o ordenamento também fundamental lhe atribui e

tem, pois, por objectivo alargar e aprofundar o campo político em todos os espaços estruturais da interacção social. No processo, o próprio espaço político liberal, o espaço da cidadania, sofre uma transformação profunda. A diferenciação das lutas democráticas pressupõe a imaginação social de novos exercícios de democracia e de novos critérios democráticos para avaliar as diferentes formas de participação política. E as transformações prolongam-se no conceito de cidadania, no sentido de eliminar os novos mecanismos de exclusão da cidadania, de combinar as formas individuais com as colectivas de cidadania e, finalmente, no sentido de ampliar esse conceito para além do princípio da reciprocidade e simetria entre direitos e deveres.

1. O PROBLEMA DA FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA DE PRECEITO CONSTITUCIONAL

Dada a natureza da Constituição, que assume a condição de ordenamento-matriz e diretriz dos demais estatutos, suas normas contêm características diferenciadas das demais normas jurídicas.

Observa Canotilho (1999a, 1101-1102):

O sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece em termos *de direito* e com os meios *do direito* os instrumentos de governo, a garantia dos direitos fundamentais e a individualização de tarefas. As regras e princípios jurídicos utilizados para prosseguir estes objetivos são, como se viu atrás, de diversa natureza e densidade. Todavia, no seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como “lei”: o *direito constitucional é direito positivo*. Neste sentido se fala na “*constituição como norma*” (Garcia de Enterría) e na “*força normativa da constituição*” (K. Hesse).

A complexa articulação da “textura aberta” da constituição com a positividade constitucional sugere, desde logo, que a garantia da força normativa da constituição não é tarefa fácil, mas se o direito constitucional é direito positivo, se a *constituição vale como lei*, então as regras e princípios constitucionais devem obter *normatividade* regulando jurídica e efectivamente as relações da vida (P. Heck), dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamentos (Luhmann) (grifos no original).

De fato, não se pode admitir que o conteúdo de uma Constituição deixe de possuir, ainda que parcialmente, juridicidade. Uma vez que estão no topo do ordenamento, é imprescindível e inafastável o reconhecimento da força vinculante que devem exercer os preceitos constitucionais.

Salienta Piovesan (1995, 17):

Até certo ponto, pode-se afirmar que, ante o cenário da Constituição de 1988, surge o dever jurídico dos Poderes Públicos de concretizar a ordem constitucional e deste dever extrai-se o direito ao cumprimento da Constituição.

A possível relação entre este dever de concretizar a Constituição e o direito ao seu cumprimento envolve a análise da Constituição a partir de uma perspectiva diferenciada, em que, enquanto norma jurídica suprema que o é, reveste-se de máxima juridicidade, particularmente em se tratando de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, às quais a Carta de 1988 determinou detivessem aplicação imediata. Esta concepção esvazia, por completo, a tese de que determinadas normas constitucionais são destituídas de juridicidade.

Referindo-se a essas circunstâncias, pode-se dizer que decorre uma série de especificidades das normas constitucionais, dentre as quais sobressaem o

cunho político dos preceitos, sua natureza principiológica e sua generalidade. Esses aspectos das normas constitucionais acabam por conferir-lhes método diferenciado na condução das interações entre preceitos normativos e casos concretos, sem que se retire do texto constitucional, contudo, a força jurídica.

A real efetividade das normas constitucionais, então, depende de uma gama vasta de fatores, que vão desde o destinatário das normas até a implementação das condições sociológicas, políticas e econômicas para a consecução dos fins nela estabelecidos, como ressalta Hesse (1991, 14/15):

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, suas concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas (grifos no original).

Tem-se, então, que a abordagem da hermenêutica constitucional e da aplicabilidade das normas de uma Constituição deve ser tratada de maneira diferenciada. Tendo em vista que o presente trabalho tem por escopo analisar a repercussão das omissões legislativas no ordenamento jurídico, torna-se imperioso

considerar os principais aspectos da aplicação das normas constitucionais, que pode ser definida como a sua concretização, sua incidência sobre o caso concreto.

Assim, quanto à sua aplicabilidade, as normas constitucionais assumem várias categorias, identificadas por Silva (1998) como normas constitucionais de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada.

Estariam insertas na primeira categoria “aquelas normas que produzem, desde o momento de sua promulgação, todos os seus efeitos essenciais, isto é, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto” (Teixeira, 1991, 317).

Em relação às normas constitucionais dessa natureza, não se verificam grandes problemas, a não ser em torno do alcance de seu conteúdo, dimensionado pelo intérprete e aplicador da norma ao caso concreto. Com efeito, uma vez que o preceito normativo regulamenta desde logo o caso concreto e se mostra capaz de incidir sobre ele sem nenhuma intermediação, a única variação possível em sua aplicação decorre da exegese que paira sobre seu teor.

Situação semelhante verifica-se em relação às normas identificadas por Silva (1998, 116) como de eficácia contida, que seriam “aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do

Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”.

Informa o autor que essas normas têm aplicabilidade imediata, competindo à atuação legal apenas a incumbência de delimitar seu alcance, em situações facultadas ao legislador ordinário, não ocorrendo, aqui, maiores problemas relacionados à aplicação dos comandos constitucionais.

Os maiores problemas relacionados à efetividade das normas constitucionais ocorrem na aplicação das normas que demandam intermediação para que possam incidir sobre o caso concreto. Inserem-se nesse grupo as normas que dependem de regulamentação infraconstitucional e aquelas, ditas programáticas, que estabelecem metas a serem perseguidas pelo Estado e cuja concretização depende de uma série de fatores de ordens econômica, social, política etc.

Esse grupo é identificado por Silva (1998) como o de normas de eficácia limitada, que compreendem as normas constitucionais de princípio institutivo e de princípio programático¹².

Segundo o constitucionalista, as primeiras podem ser impositivas ou facultativas. No primeiro caso, o preceito constitucional contém um comando, uma

¹² Para Silva (*op. cit.*, 126), são “normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”. Já as normas de princípio programático, para o autor (*idem*, 138), são “aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”.

verdadeira ordem para que o legislador concretize sua regulamentação: contém, então, a instituição de um dever. No segundo, há apenas a previsão de uma faculdade, cabendo ao legislador decidir sobre a conveniência de seu exercício.

Na primeira hipótese, então, estaria o legislador obrigado a providenciar o suprimento da lacuna pela própria Constituição. Todavia, a “observação, colhida na prática constitucional, demonstra que aquela obrigatoriedade é de pequena eficácia, visto que, ao menos juridicamente, não se pode constranger o legislador a legislar, nem mesmo naqueles casos em que lhe é fixado prazo” (Silva, 1998, 128).

De qualquer forma, ainda que os mecanismos jurídicos reconhecidos pelo autor não autorizem que se exija do legislador a adoção de providências – argumento também rebatido no presente trabalho –, é inegável a ocorrência de uma falta, de uma agressão ao texto constitucional causada pela inércia do poder a quem incumbe sua regulamentação.

De fato, em relação a essas normas, não basta o exercício da interpretação pelo operador responsável por sua aplicação ao caso concreto. Mais do que isso, as normas demandam a atuação de todo o aparato legislativo e até executivo do Estado, aspecto que, se não dificulta, torna sensivelmente mais lenta a concretização do preceito constitucional.

Ainda que *a vol d'oiseau*, é imperioso ressaltar que a tradicional classificação norte-americana das normas constitucionais *self-executing* e *not self-*

executing, ou auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis, encontra-se ultrapassada. Com efeito, o reconhecimento de uma maior efetividade da Constituição, atribuindo-se a todos seus dispositivos juridicidade plena, impõe o tratamento de todas as normas constitucionais como sendo auto-aplicáveis e plenamente capazes de surtir seus efeitos.

Salienta Silva (1998, 76) que “cada norma constitucional é sempre executável por si mesma *até onde possa, até onde seja suscetível de execução*. O problema situa-se, justamente, na determinação desse limite, na verificação de quais os efeitos parciais e possíveis de cada uma”.

Assim, se a Constituição transfere ao Poder Legislativo a atribuição de regulamentar preceito nela contido, então também esse Poder é alvo do comando legal. Não se trata, portanto, de mera faculdade, mas de imposição imediata de um dever pelo texto constitucional a um poder constituído. A norma constitucional, com isso, ainda que não possa, por si só, garantir a implementação total de seu conteúdo, é imediatamente aplicável no tocante à ordem para que se proceda a sua regulamentação.

E é justamente em virtude da falta de implementação das condições de efetividade nas normas constitucionais que surgem os vácuos legislativos caracterizados como omissões. Concretiza-se uma omissão sempre que se verifique a falta de alguma conduta diretamente atribuída a um agente ou, em alguns casos, como se verá adiante, de algum ato dele esperado.

Considera-se inconstitucional qualquer ato que possa comprometer a eficácia da Carta Suprema. Cada vez que alguma prática restrinja os objetivos colimados no texto constitucional, impõe-se, em nome da supremacia constitucional que lhe confere rigidez, sua revisão.

É importante ressaltar que, a partir da Carta de 1988, o ordenamento brasileiro passou a enquadrar, dentre os atos capazes de gerar o reconhecimento da inconstitucionalidade, também o ato omissivo. Nos moldes da Constituição da República Federativa do Brasil vigente, a dimensão da inconstitucionalidade alcançou também a inércia do legislador em dar, à Norma Máxima, a necessária efetividade, justamente em face da nova concepção da aplicabilidade das normas constitucionais: o comando para que seja regulamentado o preceito constitucional é imediatamente aplicável.

Canotilho (1994), abordando a omissão legislativa, ressalta que nem sempre é inconstitucional. É necessário esclarecer quando a omissão efetivamente caracteriza desrespeito ao comando emanado do legislador constituinte, uma vez que nem sempre à falta de regulamentação de preceito constitucional é possível imputar a pecha de inconstitucionalidade. O autor exclui da inconstitucionalidade, por exemplo, aquelas situações em que a Constituição contém apenas comandos gerais para legislar, em que prevê normas programáticas, em suma, os casos em que do texto constitucional não deriva obrigação direta e específica ao legislador.

Enfatiza o referido constitucionalista (1994, 332):

Aqui reside, quanto a nós, a diferença fundamental entre as *imposições abstractas* e as *imposições constitucionais concretas*: a não realização normativa das primeiras situa-nos no âmbito do “não cumprimento” das exigências constitucionais, e eventualmente, no terreno dos “comportamentos ainda constitucionais” mas que tenderão (no caso de sistemático não actuar legislativo) a tornar-se “situações inconstitucionais”. Neste plano, se desenvolve, em grande parte, a *luta político-constitucional* em torno da constituição programática. No caso das imposições constitucionais em sentido estrito, o não cumprimento é um verdadeiro caso de inconstitucionalidade: o legislador viola, por acto omissivo, o dever de actuar concretamente imposto pelas normas constitucionais. No sentido de dar operatividade prática a estas exigências constitucionais de acção desenvolve-se a *luta jurídico-constitucional* a favor do reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão (grifos no original).

Seria o caso, então, segundo a classificação de Silva (1998), da categoria das normas constitucionais de princípio institutivo de natureza facultativa, que por outro lado, não gera maiores debates, por se tratar de uma daquelas situações em que o legislador não está obrigado a atuar, inexistindo possibilidade de se vislumbrar, em sua inércia, qualquer afronta à Constituição.

Restam, por fim, as normas constitucionais de princípio programático, que estatuem metas a serem perseguidas pelo Estado e, apesar de vincularem as condutas governamentais, não contêm ordem expressa para legislar.

Para Mendes (1996, 209), “a omissão inconstitucional pressupõe um dever constitucional de legislar, que tanto pode ser derivado de ordens concretas contidas na Lei Fundamental quanto de princípios desenvolvidos mediante interpretação”.

A supremacia da Constituição, garantia do Estado Democrático de Direito, pode ser tão abalada pela edição de uma norma inconstitucional quanto pela falta de regulamentação de algum direito, uma vez que essa lacuna gera a inexecutabilidade do preceito constitucional.

Assim, uma vez que tenha o legislador constituinte optado por delegar ao legislador ordinário a concretização de alguns de seus preceitos – até mesmo porque é essa omissão necessária para assegurar a perenidade da Constituição, que não pode ser casuística –, não pode este último esquivar-se de sua obrigação. Pensando nisso, a própria Constituição previu mecanismos de coação jurisdicional no sentido de concretizar o suprimento das “lacunas” propositadamente deixadas pelo poder constituinte originário.

Assevera ainda Mendes (1999, 44/45):

A garantia dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa contra intervenção indevida do Estado e contra medidas legais restritivas dos direitos de liberdade não se afigura suficiente para assegurar o pleno exercício da liberdade. Observe-se que não apenas a existência de lei, mas também a sua falta pode revelar-se afrontosa aos direitos fundamentais. É o que se verifica, v.g., com as chamadas garantias de natureza institucional, com os direitos à prestação positiva de índole normativa, inclusive o chamado *direito à organização e ao processo* (*Recht auf Organization und auf Verfahren*) e, não raras vezes, com o direito de igualdade.

A concretização desses direitos exige, não raras vezes, a edição de atos legislativos, de modo que eventual inércia do legislador pode configurar afronta a um dever constitucional de legislar (grifos no original).

Retomando a idéia apresentada no início deste capítulo, a inconstitucionalidade por omissão do legislador decorre justamente da premissa de que todo e qualquer dispositivo constitucional se reveste de força normativa e, portanto, vincula a atuação – coibindo a inércia – do destinatário do comando nele contido.

Observa Piovesan (1995, 70) que “o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão traduz inversão no raciocínio jurídico tradicional” que, segundo a autora, consiste na concepção da Constituição como

um elenco de normas destituídas de qualquer aparato sancionatório, que não apresentam qualquer resposta à sua violação, que não ordenam, proíbem ou permitem em lapso temporal determinado e, sobretudo, normas que estão condicionadas unicamente à vontade do poder, que a assume como obrigação moral ou, no máximo, política.

Continua a autora a enfatizar que o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão retira do ordenamento constitucional os problemas de efetividade. A falha no sistema normativo é detectada, nesse novo modelo, no âmbito infraconstitucional, permanecendo a Constituição em perfeitas condições de vincular os atos dos seus destinatários, confirmando-se, com isso, a juridicidade de seus preceitos.

Com base nessa nova estrutura, o legislador constituinte concebeu, então, mecanismos de combate às omissões legislativas que, como visto, passaram a ser consideradas verdadeiras agressões ao texto constitucional e à sua força normativa.

2. MANDADO DE INJUNÇÃO E AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: FIGURAS DISTINTAS?

O legislador constituinte de 1988, reconhecendo a falta de regulamentação de preceito constitucional como omissão sujeita ao controle de constitucionalidade, previu dois procedimentos básicos a se desenrolar perante o Poder Judiciário: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, que serão abordados a seguir.

2.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Inserida no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, instituída no ordenamento pátrio por inspiração na Constituição portuguesa, poderá ser proposta por qualquer das pessoas arroladas nos incisos do art. 103 da Constituição da República, perante o Supremo Tribunal Federal. Surgiu com o intuito de se coibir, através de ação judicial, a inércia do legislador e do administrador em regulamentar dispositivos constitucionais, conferindo-lhes efetividade.

Salienta Moraes (1999, 576), sobre o cabimento da medida:

As hipóteses de ajuizamento da presente ação não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, em que a constituição investe o Legislador na obrigação de expedir comandos normativos. Além disso, as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade, são suscetíveis de ação direta de inconstitucionalidade.

Relembrando as considerações feitas no item anterior, a omissão somente é inconstitucional quando haja comando expresso para que se providencie a regulamentação do preceito constitucional, e somente nesses casos é possível acionar os mecanismos do controle de constitucionalidade. Noutras hipóteses, não se configura o comportamento incompatível com a supremacia constitucional sujeito a controle.

Nos termos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (art. 103, § 2º).

Como pode ser depreendido da redação do dispositivo constitucional, foram criados mecanismos para acionar o Poder Judiciário a fim de que reconheça, na inércia do legislador em autêntico desacato à ordem de ação, omissão inconstitucional. Todavia, desse reconhecimento de inconstitucionalidade não decorre a providência necessária ao seu suprimento. Com efeito, a decisão proferida na ação

direta limita-se a cientificar o Poder competente da inconstitucionalidade de sua omissão, deixando a seu alvitre a solução do problema.

Assim, é de ser visto que a inovação do legislador constituinte brasileiro se tornou um tanto inócua, haja vista que não existem meios de se conferir efetividade à decisão que reconhece a incompatibilidade da inércia com os preceitos constitucionais.

Observa Poletti (2000, 216) que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão brasileira é mais abrangente que a portuguesa, porquanto alcança também os atos administrativos, e não só os legislativos. Apesar disso, ressalta o autor sua ineficácia:

No Brasil, a Constituição, como em outros passos, ficou no meio do caminho. Deixou de levar até as últimas conseqüências o que instituiu e tão preocupada em ser para valer, acabou por frustrar-se mais uma vez, provavelmente por uma falsa avaliação da realidade e desconhecimento, por parte do constituinte, dos mecanismos jurídicos.

O dispositivo constitucional que previu a ADIn supridora de omissão estabeleceu duas situações distintas: a omissão do legislador e a omissão do administrador. No primeiro caso, em respeito à independência e harmonia dos Poderes do Estado, o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal tem por escopo apenas cientificar o Poder Legislativo da ausência de norma regulamentadora, sem que contenha qualquer comando no sentido de compelir o legislador a efetiva e concretamente suprir a omissão verificada. No segundo, ainda que a Constituição da República Federativa do Brasil fixe prazo e mencione que a decisão tem o poder de

determinar o fim da inércia, nenhum mecanismo concreto foi previsto a fim de, efetivamente, suprir a omissão através da decisão judicial. Ou seja, diretamente, a decisão proferida na ação não possui o condão de reverter os danos causados pela mora do responsável pela edição do ato normativo.

Para Silva (2000, 57), a decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade por omissão é declaratória, mas não somente, porque “dela decorre um efeito ulterior de natureza *mandamental* no sentido de exigir do Poder competente a adoção das providências necessárias ao suprimento da omissão” (grifos no original).

Todavia, o acórdão do Supremo Tribunal Federal não pode ir além desses dois passos: reconhecer a inconstitucionalidade por omissão e recomendar (ou determinar, quando se trate de órgão administrativo) a reversão do quadro.

De qualquer forma, é possível afirmar que, ainda que não se tenha atribuído à decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade os efeitos de suprir efetivamente a omissão – e fazê-lo, então, consistiria em ofensa ao princípio da separação de poderes – o poder de coagir o órgão administrativo que ela possui garante sua efetividade, ainda que de maneira indireta.

Para Moraes (1999, 578), a decisão “tem caráter obrigatório ou mandamental, pois o que se pretende constitucionalmente é a obtenção de uma ordem judicial dirigida a outro órgão do Estado”.

O acórdão em foco teria, então, a natureza de sentença condenatória, assim definida por Santos (1990, 31-32):

A sentença condenatória, como as sentenças declaratórias, contém uma declaração de certeza da existência de relação jurídica, a que acrescenta um *quid*, consistente na atribuição ao vencedor do direito de execução contra o vencido. A declaração de certeza acrescenta a *condenação* do devedor na obrigação declarada. É a sentença que contém a condenação do réu na obrigação declarada. Ou, por outras palavras, a que concluir pela condenação do réu numa obrigação de dar, fazer ou não fazer. Condena o réu ao cumprimento de uma prestação (grifos no original).

Tem-se que a decisão proferida em uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão comporta a declaração da real omissão e, ao mesmo tempo, o comando para que se providencie seu cumprimento, direcionado aos órgãos competentes. Dessa feita, seu conteúdo não se restringe – é o entendimento doutrinário – ao mero reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão.

Todavia, percebe-se a ineficiência da execução da sentença, ou seja, da imposição do comando ao devedor da obrigação de fazer, de maneira que ele seja compelido, irresistivelmente, ao suprimento da omissão declarada inconstitucional, condição que recebe da doutrina constitucional severas críticas.

Observa Clève (2000, 347) que a Constituição, embora “tratando o instituto de modo mais generoso que o seu congênere português, nem por isso logrou alcançar todas as potencialidades que a teoria constitucional já tinha vislumbrado nos horizontes da inconstitucionalidade por omissão”.

Piovesan (1995, 108) alerta que

a ordem constitucional, ao instituir a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, divorcia-se da sistemática tradicional de controle que permite eliminar, com eficiência, as inconstitucionalidades do sistema jurídico. Em prol, certamente, do princípio da separação de poderes, acaba por comprometer o princípio da prevalência da Constituição.

Concebendo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão como instrumento pelo qual se obtém, tão-somente, a declaração da inconstitucionalidade por omissão e a ciência ao legislador para que adote as providências necessárias à realização do preceito constitucional, fácil é concluir que este instrumento se torna insuficiente e insatisfatório para a efetivação das normas constitucionais.

De fato, ainda que tenha a sentença natureza mandamental, o fato é que inexistem mecanismos que possam compelir o devedor da obrigação, Poder ou órgão administrativo, ao seu cumprimento. O próprio texto constitucional ressalta que, quando se trate de competência de Poder para suprir a omissão, a decisão limitar-se-á a dar-lhe ciência do fato, pois que a determinação para que efetivamente supra a omissão em cumprimento a ordem judicial consistiria em violação ao princípio da separação de poderes e sua independência.

A doutrina apresenta, por outro lado, algumas possíveis soluções para o problema.

Silva (2000) insiste na necessidade de se conferir ao Supremo Tribunal Federal a competência para prolatar verdadeiras sentenças normativas: constatada a

omissão, o próprio acórdão que a declara estabelece, normativamente, a sistemática de regulamentação do preceito constitucional.

Nos atuais parâmetros dados pelo texto constitucional, é impossível admitir a expedição de sentença normativa pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, uma vez que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão integra o rol dos mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade, uma sentença normativa teria verdadeiro alcance de lei, porquanto surtiria efeitos *erga omnes*, vinculando as condutas da sociedade e do Poder Público.

Estaria o Judiciário, então, exercendo a típica – e nada excepcional – atribuição legislativa, haja vista que a sentença seria proferida sem nenhuma conexão com situações ou fatos específicos e vincularia condutas como se lei fosse.

Esse procedimento não encontra amparo na atual conformação do texto constitucional e parece realmente afrontar a estrutura vigente de separação de poderes.

Clève (2000, 349) critica a tese sustentada por Silva e defende que a decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade por omissão poderia:

(i) permitir a aplicação direta, pelos juízes e tribunais, e desde que contando com a normatividade suficiente para isso, do dispositivo constitucional demandante de complementação; (ii) afastar os riscos causados pela falta de norma regulamentadora; e (iii) autorizar a deflagração de mecanismos políticos de suprimimento da omissão inconstitucional.

Sustenta o autor que, na primeira situação, a decisão alcançaria os mesmos efeitos por ele atribuídos à decisão do mandado de injunção; propõe, como meio de afastar os riscos decorrentes da falta de norma regulamentadora, a paralisação dos processos que discutam direito material sujeito a alteração.

Piovesan (1995, 108-109) apresenta sugestão inspirada na jurisprudência constitucional alemã, semelhante à de Silva:

A título de proposição, sustenta-se que mais conveniente e eficaz seria se o Supremo Tribunal Federal declarasse inconstitucional a omissão e fixasse prazo para que o legislador omissor suprisse a omissão inconstitucional, no sentido de conferir efetividade à norma constitucional. O prazo poderia corresponder ao prazo da apreciação em “regime de urgência” que, nos termos do artigo 64, parágrafo 2º, do texto, é de quarenta e cinco dias. Pois bem, finalizado o prazo, sem qualquer providência adotada, poderia o próprio Supremo, a depender do caso, dispor normativamente da matéria, a título provisório, até que o legislador viesse a elaborar a norma faltante. Esta decisão normativa do Supremo Tribunal Federal, de caráter temporário, viabilizaria, desde logo, a concretização de preceito constitucional. Estariam então conciliados o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais (grifos no original).

A autora ressalva da prática sugerida os casos em que a atuação do legislador seja insubstituível, como nos casos das normas de eficácia limitada de princípio institutivo. Chama a atenção, ainda, para a conciliação dos princípios da prevalência constitucional e da separação de poderes, atendida pela concessão de prazo para que o legislador exerça suas prerrogativas – consistentes, como já dito, em verdadeiros deveres – de regulamentar o preceito constitucional: somente após o

decorso do interregno temporal é que se autorizaria a expedição, pelo Supremo, de decisão normativa.

Uma nota é comum em todas as propostas aqui elencadas que, de certa forma, sintetizam a posição da doutrina constitucional brasileira: todas elas passam por uma modificação sensível no texto da Constituição, a fim de se alterar a sistemática do controle de constitucionalidade por omissão. O Supremo Tribunal Federal somente poderia modificar o conteúdo de suas decisões, atribuindo-lhes caráter normativo, por exemplo, se o texto constitucional contivesse determinação expressa nesse sentido. A prerrogativa de suspender processos, por exemplo – sugerida por Clève –, passa pelo mesmo requisito.

O fato é que o legislador constituinte, neste caso, priorizou o princípio da separação de poderes, tornando inócua a atuação do Poder Judiciário no sentido de assegurar o suprimento – ou mesmo fazê-lo – da omissão reconhecida como inconstitucional.

Assim, pela exegese literal do preceito constitucional instituidor da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tem-se que o acórdão nela proferido tem o poder de cientificar o Poder competente da falta de norma regulamentadora. Infelizmente, quando se trate de cientificar o Poder Legislativo, o legislador constituinte não admite ingerência, não permitindo ao Judiciário que supra a omissão nem autorizando que a decisão contenha cunho mandamental, impositivo.

Todavia, no tocante à determinação direcionada a órgão administrativo para o preenchimento do vazio legal, é possível a responsabilização dos agentes pelo descumprimento de ordem judicial nas esferas penal e disciplinar, além da responsabilização direta do Estado na esfera cível. Assim, ainda que não possa a decisão do Supremo Tribunal Federal suprir diretamente a omissão, tem a prerrogativa de impor uma ordem, contando com mecanismos capazes de combater a desobediência ao seu comando.

2.2 Mandado de injunção

O mandado de injunção está previsto na Constituição de 1988, no art. 5º, LXXI, com a seguinte estrutura: “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”.

O mandado de injunção, uma vez previsto no art. 5º da Carta Magna, que trata dos direitos fundamentais individuais e coletivos, foi concebido como verdadeiro remédio constitucional, categoria definida por SILVA (2000, 442), como o conjunto de “*meios* postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando *sanar, corrigir*, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais” (grifos no original).

É, portanto, uma das ações constitucionais que se prestam a conferir aos direitos fundamentais maior efetividade e garantia.

Assim a medida é definida por Poletti (2000, 219-220):

O mandado de injunção é uma garantia constitucional, colocada no vasto capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, dentro do título dos direitos e garantias fundamentais. Como tal representa uma ação à disposição dos destinatários daqueles direitos, para torná-los efetivos, se necessário. Semelhante, nesse ponto, às outras ações a que correspondem o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o *habeas data*, a ação popular, sobretudo semelhante ao mandado de segurança, feita a observação fundamental de que este último visa à proteção de direito líquido e certo, enquanto o mandado de injunção diz respeito à possibilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, se acaso a falta de norma regulamentadora consubstanciar a causa da inviabilidade daquele exercício.

Salienta Meirelles (1998, 203) que o direito tutelado pelo mandado de injunção “é aquele desde logo assegurado pela Constituição, porém pendente de regulamentação. Se a Carta Política simplesmente faculta ao legislador a outorga de um direito, sem ordená-lo, o mandado de injunção é juridicamente impossível”.

Segundo Silva (1993, 52-53),

os pressupostos essenciais para se intentar a medida são os seguintes: que haja um direito constitucional de quem os invoca e a constatação do impedimento que o proponente da medida está padecendo, o de poder exercê-lo por falta de regulamentação normativa. Além disso, nota-se que a ausência de tal regulamentação deve ser constatada para o caso *in concretum*, pois a

discussão de falta de norma em tese é matéria que não pode ser objeto daquele *writ*.

Dantas (1994, 70) sustenta que

o Mandado de Injunção - ao contrário do que alguns pensam - não é direito individual, mas sim uma *Garantia* ou *Remédio Constitucional*, através do qual se tenta obter o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, entendidos estes não apenas os que estão enumerados no artigo 5º, mas, igualmente, os dos artigos 6º e 7º da Constituição, além de “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, conforme preceitua o §2º do artigo 5º (grifos no original).

Na definição de Moraes (1999, 165),

o mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa ao combate à *síndrome de inefetividade* das normas constitucionais (grifos no original).

Para Strenger (1988, 6), em obra precursora sobre o tema, “o uso desse remédio jurídico está facultado desde logo a todo aquele que aponte *um nexo causal* entre a *falta de regulamento* e a ‘inviabilidade’ de exercer os direitos constitucionalmente previstos, sem exceção de qualquer deles ...” (grifos no original). O autor reconhece, ainda, a auto-aplicabilidade da medida, mas alerta para as dificuldades na irrestrita atuação jurisdicional no sentido de suprir a omissão, atribuindo-lhes o que chama de conhecimento meramente lexicográfico da medida.

A mesma preocupação é compartilhada por Poletti (2000), porquanto o *writ* sob enfoque não encontra paralelo em nenhum outro ordenamento constitucional vigente, o que dificulta sobremaneira sua concretização, além do que identifica como carência de bases sociológicas e de estrutura política e mesmo cultural para a plena realização da medida.

Assim, sustenta o constitucionalista que a abordagem teórica e mesmo prática do novel remédio constitucional se dá mais no plano da lógica jurídica do que no plano da efetiva experiência:

Quem se debruçar sobre o já significativo número de trabalhos sobre o mandado de injunção, além daqueles a respeito da inconstitucionalidade por omissão, dado o tempo relativamente pequeno da vida do instituto, terá a impressão de estar diante de um exercício de lógica, não de uma apreciação dogmática elaborada por juristas. Seus autores parecem matemáticos, formulando hipóteses abstratas, extraídas do emaranhado de normas constitucionais, a buscar a tese justificadora do mandado de injunção, a dar-lhe um significado prático, que não seja o meramente político de clamar pela edição de normas regulamentadoras da Carga Magna. Como se sabe essa não constitui a tradição dos juristas, acostumados com categorias concretas, pouco efeitos, aliás, às formulações abstratas e às categorias representadas por símbolos, buscando conseqüências necessárias e inafastáveis, deduzidas logicamente da concreção, ao exame do caso em si, na realidade da vida, não na quase irrealidade das conjecturas. Daí, e isso talvez seja a favor do instituto inédito, a necessidade de que o tempo venha a proporcionar efeitos que tornem viável o mandado de injunção, e sobre os quais se possa construir uma teoria (Poletti, 2000, 221-222).

Ainda que o dimensionamento dos efeitos e do real objetivo do mandado de injunção se dê, como na visão do autor citado, no plano das conjecturas, não se poderia esperar tratamento muito diverso, uma vez que está em foco medida inédita nos ordenamentos constitucionais vigentes. Como todo ineditismo jurídico, parte da lei em tese e requer o exercício de adaptação ao caso concreto. E há parecer que essa adaptação deve ser feita com revisão de certos padrões já institucionalizados e a renovação de certas práticas que podem, diante das novas previsões normativas, restar obsoletas ou sem fundamento concreto.

Não obstante o ponto de vista do autor antes referido, boa parte da doutrina concebe o mandado de injunção como medida, por si só, capaz de suprir a omissão do legislador ordinário. Pelas concepções teóricas, os órgãos competentes para julgar o *writ* poderiam, em suas decisões, regulamentar o exercício do direito constitucional invocado pelo impetrante.

Numa visão um tanto visionária da ação, Cretella Jr. (1996, 99-100) diz que

a causa determinante da criação do mandado de injunção, no Brasil, foi pressionar o legislador ordinário para a rápida feitura da norma regulamentadora, quando, terminada a tarefa constituinte, as duas Casas se disjungissem e passassem à tarefa normal legislativa. O mandado de injunção surge, pois, como instrumento de pressão que o próprio constituinte elegeu para impulsioná-lo à missão regulamentadora, o que leva a crer que, num momento dado, o *writ* desaparecerá de nosso direito, quando *todas* as regras jurídicas constitucionais, dependentes de norma regulamentadora, sejam regulamentadas (grifo no original).

O fato é que doze anos se passaram desde a promulgação da Constituição – e, portanto, da edição da novel medida –, e a regulamentação de seus preceitos ainda é insuficiente. Boa parte dos direitos previstos na Constituição e cuja regulamentação foi delegada pelo constituinte ao legislador ordinário continuam à espera de condições de exeqüibilidade, problema que será revisto e aprofundado mais adiante.

O *writ* em comento, ao invés de ser capaz de pressionar o legislador, como queria José Cretella, tornou-se medida sem eficácia, seja para impulsionar a regulamentação dos preceitos constitucionais, seja para fazê-lo diretamente, no caso concreto.

Podem ser consideradas, hoje, sepultadas todas as indagações surgidas, à época de sua edição, quanto à aplicabilidade mediata ou imediata da medida. Sem dúvidas, e principalmente por força do § 1º do art. 5º da Constituição da República, a previsão do mandado de injunção dispensa qualquer regulamentação para tornar-se aplicável, inexistindo óbice legal para sua efetividade.

O que deve preocupar os operadores do Direito é a exeqüibilidade do remédio, principalmente porque há fortes divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao uso da medida e, principalmente, em relação aos efeitos da decisão proferida em seu julgamento.

Pelos conceitos aqui apresentados, percebe-se que alguns autores reconhecem na medida um mecanismo de mera declaração da falta de norma

regulamentadora, enquanto outros doutrinadores atribuem ao remédio a prerrogativa de efetivo suprimento da omissão.

José da Silva Pacheco (*apud* Machado, 1999, 104) sintetiza com propriedade cinco abordagens dos efeitos do remédio enfocado:

A *primeira*, considerando que a ação do mandado de injunção e a respectiva sentença favorável visariam criar a norma legal omissa, substituindo a atividade do órgão competente para fazê-lo; a *segunda*, enfocando a ação e a sentença como tendo em vista obter a ordem ou mandamento ao órgão competente para baixar a norma, inclusive ao Legislativo, a fim de que elabore e baixe o ato regulamentador; a *terceira*, focalizando o mandado de injunção como propiciatório de sentença declaratória de omissão ou condenatória de obrigação de fazer, sujeita à execução comum; a *quarta*, vendo o mandado de injunção como instrumento para obter do juiz a decisão de, atendendo ao pedido, proteger o direito reclamado, levando em conta os fins sociais, as exigências do bem comum e os princípios constitucionais e gerais do Direito; e, por último, a *quinta* orientação que, combinando a segunda e a quarta, propõe que o órgão competente, que não se resume ao Legislativo, baixe a norma em curto prazo, ciente de que, se não o fizer, o juiz julgará o caso concreto submetido à sua apreciação.

As divergências surgem, então, em torno da natureza da sentença proferida no mandado de injunção: para alguns, é condenatória, como na ação direta de inconstitucionalidade por omissão; para outros, é mandamental ou, ainda, constitutiva. Neste último caso, a decisão seria capaz de suprir efetivamente a falta de norma regulamentadora, passando a dispor sobre a regulamentação do preceito constitucional no caso concreto.

Salienta Pfeiffer (1999) que o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, atribuiu à decisão cunho predominantemente mandamental, uma vez que contém uma expressa determinação, direcionada ao Congresso Nacional, para que o dispositivo constitucional objeto da contenda seja regulamentado¹³.

O autor, contudo, discorda desse entendimento, ressaltando tratar-se de mera recomendação, porquanto nenhuma medida pode ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal em caso de desacato ao seu comando.

Botelho de Mesquita (*apud* Pfeiffer, 1999, 151) defende a natureza constitutiva da decisão proferida no mandado de injunção, nos seguintes moldes:

Tomando agora como ponto de partida a situação descrita pela Constituição como apta a gerar o direito ao mandado de injunção, percebe-se desde logo que o problema a ser resolvido pelo novo instituto não é constituído por uma conduta ilícita de quem resiste ao cumprimento do preceito constitucional. Falta, portanto, o pressuposto de uma sentença de natureza condenatória, que é a necessidade de reparar violação de um direito, e se revela presente o pressuposto de uma sentença constitutiva que é a necessidade de criação de um novo regulamento jurídico.

O que cabe ao órgão da jurisdição não é, pois, constranger alguém a dar cumprimento ao preceito constitucional, mas, sim, suprir a falta de norma regulamentadora, criando, a partir daí, uma coação da mesma natureza daquela que estaria contida na norma regulamentadora. O ilícito constitucional (o ato inconstitucional) é algo que só poderá existir depois de

¹³ Atribuindo-se à decisão proferida em mandado de injunção o cunho mandamental, mostra-se bastante plausível a possibilidade de considerar compatível com seu conteúdo a figura da tutela específica. Assim, reconhecida a mora do Congresso Nacional, e persistindo sua inércia após o comando jurisdicional para suprir a omissão, poder-se-ia cogitar a aplicação de multa pecuniária em favor do impetrante da ação constitucional.

julgado procedente o mandado de injunção e, por isto, não constitui matéria que possa ser objeto de decisão no julgamento do próprio mandado (grifos no original).

De fato, uma vez que o *writ* em comento está colocado entre as garantias dos direitos fundamentais, no art. 5º da Constituição, o resultado de sua utilização deve ser capaz de conferir ao impetrante efetivas condições para o exercício do direito assegurado na norma constitucional, cuja titularidade lhe pertence.

Enfatiza Pfeiffer (1999, 152) que “há, com efeito, um conteúdo inovativo na sentença constitutiva, que também está presente no mandado de injunção. Assim, fica claro que por intermédio do mandado de injunção se visa a operar uma modificação na situação que possuía o autor antes do ajuizamento do *writ*”.

2.3 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão X mandado de injunção: figuras distintas?

Dessas breves considerações sobre a natureza e os efeitos da decisão proferida no mandado de injunção é possível estabelecer algumas comparações entre o remédio e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a fim de demonstrar a dessemelhança entre os institutos.

O ponto de convergência entre as duas ações consiste no fato de que seu objetivo é atacar a inércia do legislador ordinário em regulamentar os preceitos

constitucionais. Ou seja, é a omissão legislativa que autoriza a propositura tanto da ação direta de inconstitucionalidade quanto do mandado de injunção.

Além desse aspecto, nenhuma outra característica, com a vênua da corrente doutrinária¹⁴ e jurisprudencial que entende o contrário, é comum às duas medidas.

Algumas diferenças, então, podem ser apontadas.

Em primeiro lugar, no tocante à legitimidade ativa, as duas ações se distanciam. Enquanto a Constituição elenca taxativamente os titulares da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, I a IX), condiciona a legitimidade ativa do mandado de injunção à demonstração do nexu causal entre a falta de regulamentação e o cerceamento do gozo de direito previsto no texto constitucional, de que seja titular o impetrante.

¹⁴ Poletti (2000, 221), por exemplo, admite que o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão têm em comum “a ausência de norma regulamentadora da Lei Maior; a preocupação em tornar efetiva a Carta Constitucional; o esforço em fazer dela uma Carta viva de direitos, com plena eficácia, e não mera retórica e incapaz de tornar realidade algumas de suas determinações”. O autor, todavia, discorda da maioria dos estudiosos do tema quanto aos efeitos do mandado de injunção. Salienta que a previsão constitucional do instituto não lhe conferiu poderes para autorizar ao Judiciário a prerrogativa de editar sentença normativa legislando sobre o caso concreto. Assevera que o “mandado de injunção não pode ser visto como instrumento de preenchimento de lacunas” (2000: 223) e ressalta o seguinte (*idem*, 225):

Na verdade, o exame comparativo dos projetos de Constituição, nas diversas fases do processo constituinte, indica que a idéia de outorgar ao Supremo Tribunal o poder de regulamentar, com força de lei, o ponto constitucionalmente omissso pelo Poder Público, foi abandonada, após constar dos projetos preliminares. A idéia que prevaleceu foi a de compatibilizar a inconstitucionalidade por omissão, com o dogma dos três poderes, hoje imune até à eventual reforma constitucional, e com o princípio, este o direito fundamental, da legalidade (ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei). Ora, se nem o Supremo Tribunal pode suprir a lacuna, assumindo a legislação, com muito maior razão não poderão fazê-lo os demais Juízos ou Tribunais inferiores diversos, sob pena de uma absurda pluralidade de ordenamentos.

Em segundo lugar, pode ser apontada a competência para julgamento, restrita ao Supremo Tribunal Federal nos casos do controle abstrato de constitucionalidade (art. 102, I, *a*) e atribuída, além desta Corte (art. 102, I, *q*, e art. 102, II, *a*), também ao Superior Tribunal de Justiça, com ressalva de outros órgãos do Poder Judiciário (art. 105, I, *h*).

Finalmente, impõe-se destacar a diferença considerada fundamental entre as ações, justamente no tocante aos seus resultados. Dadas as características antes destacadas, principalmente no tocante à legitimidade ativa, tem-se como possível enquadrar o mandado de injunção no âmbito do controle concreto de constitucionalidade, uma vez que ataca omissão inconstitucional vinculada ao caso concreto. Em contrapartida, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão integra o rol de ações do controle abstrato, em tese, desvinculando-se seu processamento dos efeitos concretos da inconstitucionalidade e mesmo da omissão.

É possível diferenciar os dois institutos com base no bem tutelado por cada um deles: em se tratando do mandado de injunção, pretende-se preservar – e concretizar – o direito do impetrante, ao passo que na ação direta, o que se quer é resguardar a integridade do ordenamento constitucional e zelar por sua supremacia.

Nesse sentido, ensina Silva (1993, 62), dizendo que

no mandado de injunção busca-se a concretização de direito obstado por falta de norma regulamentadora, enquanto que, na inconstitucionalidade por omissão, o que se pretende é a elaboração da norma inexistente, não

sendo necessário, para tanto, que o direito de alguém seja impedido ou violado.

Salienta Piovesan (1995, 161):

Destaque-se: no mandado de injunção objetiva-se tornar viável o exercício de um direito; na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, objetiva-se tornar efetiva uma norma constitucional. O mandado de injunção tem por finalidade tornar viável o exercício de um direito fundamental no caso concreto, já a inconstitucionalidade por omissão visa conferir efetividade à norma constitucional, atacando a inconstitucionalidade em tese.

Isto é, se na ação direta de inconstitucionalidade por omissão importa sanear a ordem jurídica lacunosa, no sentido de conferir eficácia plena aos dispositivos constitucionais, no mandado de injunção a finalidade é tornar viável um direito subjetivo lesado. Assim, o mandado de injunção objetiva socorrer todo e qualquer direito constitucional violado pela ausência de norma regulamentadora, enquanto que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão objetiva lograr uma decisão que estimule a produção de medida para tornar efetiva norma constitucional.

Dessas comparações é possível estabelecer nítida diferença entre os institutos e, com base na premissa de que sua eficácia é distinta, pode-se criticar a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, tema do próximo item.

3. EFICÁCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO RECONHECIDA PELO STF

Apresentada, em linhas gerais, a posição da doutrina constitucional acerca do conceito de mandado de injunção e do alcance da decisão nele proferida, cumpre analisar brevemente a posição reiterada da jurisprudência do Supremo

Tribunal Federal, sintetizada por alguns acórdãos¹⁵, parcialmente transcritos neste trabalho.

Em questão de ordem levantada no julgamento do Mandado de Injunção nº 107¹⁶, foram fixados parâmetros para sedimentar a posição dominante dos Ministros do STF em relação à vigência/aplicabilidade da medida.

Em questão de ordem levantada pelo Ministro Moreira Alves, então relator, decidiu a Corte Suprema pela auto-aplicabilidade do dispositivo instituidor do *writ*, uma vez que inserto no rol do art. 5º, cuja aplicabilidade dispensa norma jurídica regulamentadora¹⁷.

No julgamento do mesmo feito, são fixados também os critérios para delinear os contornos da legitimidade ativa *ad causam*, que consistem basicamente na clara demonstração do nexu causal entre a omissão legislativa considerada inconstitucional¹⁸ e o impedimento do exercício do direito pelo impetrante. Dois são, então, os pressupostos para caracterização da *legitimitatio*: a inércia do legislador deve ser ofensiva ao comando da Constituição e causar lesão direta aos direitos constitucionais do autor.

Também fixando parâmetros para o cabimento do remédio em foco, o Ministro Sidney Sanches assevera:

¹⁵ O inteiro teor dos acórdãos mencionados está publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

¹⁶ RTJ: 135, 1-6.

¹⁷ Ainda que a Constituição admita a possibilidade de regulamentação do Mandado de Injunção para fixação da competência residual, por exemplo.

¹⁸ Ver item 1 desta Capítulo.

Ora, se o que falta, no caso, não é a norma regulamentadora do exercício de um direito já criado, mas, sim, a própria norma criadora do direito, já que o § 1º do art. 40 apenas a permitiu, facultativamente, ou melhor, não impôs, então o mandado de injunção, como impetrado, não tem possibilidade jurídica, não só para o autor, como para os próprios Técnicos em Radiologia, ou para quaisquer servidores, mesmo os que já exerçam “atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas”¹⁹.

Na apreciação do pedido de regulamentação do adicional para os servidores públicos, o STF, acolhendo a posição do relator, entendeu que, nos casos em que a Constituição apenas **faculta a instituição** de um direito, não cabe o mandado de injunção, apto apenas a sanar a falta de regulamentação de direito **instituído** na Carta Magna, ou cuja instituição é **imposta** por ela.

O julgamento do Mandado de Injunção nº 284²⁰, impetrado contra o Congresso Nacional e a União Federal, cuja ementa segue, dá os contornos do alcance da decisão judicial em relação ao sujeito passivo, bem como em relação aos seus efeitos concretos:

Mandado de injunção. Natureza jurídica. Função processual. ADCT, art. 8º, § 3º (portarias reservadas ao Ministério da Aeronáutica) – A questão do sigilo. Mora inconstitucional do Poder Legislativo. Exclusão da União Federal da relação processual. Ilegitimidade passiva *ad causam*. *Writ* deferido.

O caráter essencialmente mandamental da ação injuncional – consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – impõe que se defina, como passivamente legitimado *ad causam*, na relação processual

¹⁹ Excerto do voto do relator no MI 444, *in* RTJ: 158, 6-15.

²⁰ RTJ: 139, 712-732.

instaurada, o órgão público inadimplente, em situação de inércia inconstitucional, ao qual é imputável a omissão causalmente inviabilizadora do exercício de direito, liberdade e prerrogativa de índole constitucional.

No caso, *ex vi* do § 3º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a inatividade inconstitucional é somente atribuível ao Congresso Nacional, a cuja iniciativa se reservou, com exclusividade, o poder de instaurar o processo legislativo reclamado pela norma constitucional transitória.

Alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbítrio puro que o caracterizaram, a concepção e formulação teórica de um sistema claramente inconvincente com a prática das liberdades públicas. Esse sistema, fortemente estimulado pelo “perigoso fascínio do absoluto” (Pe. Joseph Comblin, “A ideologia da Segurança Nacional. O Poder Militar na América Latina”, pág. 225, 3ª ed., 1980, trad. de A. Veiga Fialho, Civilização Brasileira), ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em “praxis” governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte Norberto Bobbio, em lição magistral sobre o tema (“O Futuro da Democracia”, 1986, Paz e Terra), não há modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério.

O novo estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais.

A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de Bobbio, como “um modelo ideal do governo público em público”.

O novo *writ* constitucional, consagrado pelo art. 5º, LXXI, da Carta Federal, não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico *impõe* ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder.

Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional – único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada – e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção nº 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se *prescindível* nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, *desde logo*, a possibilidade de ajuizarem, *imediatamente*, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório.

Em primeiro lugar, cabe uma consideração sobre a delimitação da legitimidade ativa no mandado de injunção: somente o órgão a quem a Constituição atribui o dever de regulamentar seu preceito pode figurar no pólo passivo da demanda, justamente porque seu objeto é a regulamentação do preceito constitucional.

Mister analisar, ainda no mesmo acórdão, os efeitos atribuídos ao remédio injuntivo.

Pelo teor da emenda, consiste a medida judicial em mecanismo para cientificar o Congresso Nacional de sua omissão. Todavia, o Min. Marco Aurélio

sustenta, embora seu voto seja vencido, que a equiparação do mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão “contraria a organicidade do Direito” e não atende ao comando constitucional instituidor do remédio. Entendendo que o remédio é via para suprir a omissão por decisão judicial, o Ministro fixa, em seu voto, os parâmetros para a satisfação do direito pleiteado, e nem sequer aprecia a arguição de ilegitimidade passiva, porquanto o ato reivindicado seria praticado pelo próprio órgão julgador.

O entendimento do Min. Ilmar Galvão pode ser sintetizado no seguinte:

Acredito, entretanto, que a prestação jurisdicional, no mandado de injunção, não pode ir além do suprimento da lacuna ocorrente no sistema jurídico, vale dizer, da indicação da regra que deverá ser aplicada ao caso concreto pelo juiz competente. Trata-se de entendimento destinado a afastar grave óbice, capaz de tornar inócuo o instituto, a saber, o congestionamento do Supremo Tribunal Federal, transformado que seria em foro de julgamento de um sem-número de ações, muitas das quais a exigir demoradas instruções probatórias, com intoleráveis desvios de suas elevadas funções.

Por essa posição, atribui-se ao mandado de injunção o papel de integrar as normas existentes no ordenamento jurídico, e não de determinar a criação de uma nova regulamentação ou fazê-lo o Tribunal com efeitos restritos ao caso

concreto²¹, remetendo-se o processo ao juízo competente para operacionalizar a integração.

No caso específico dos autos, o mandado foi deferido por tratar-se de previsão específica de indenizar, faltando apenas a delimitação do *quantum* que, entendeu o Excelso Pretório, competiria ao âmbito de ação ordinária.

Todavia, o entendimento predominante do Supremo Tribunal Federal atribui à decisão proferida no *writ* apreciado o efeito mandamental, e não constitutivo. Ou seja, restringe-se a cientificar o Poder inerte para que supra a omissão.

Finalmente, cumpre o exame do julgamento proferido no Mandado de Injunção nº 20²², cuja ementa se transcreve:

Mandado de injunção coletivo – Direito de greve do servidor público civil – Evolução desse direito no constitucionalismo brasileiro – Modelos normativos no direito comparado – Prerrogativa jurídica assegurada pela Constituição (art. 37, VII) – Impossibilidade de seu exercício antes da edição de lei complementar – Omissão legislativa – Hipótese de sua configuração – Reconhecimento do estado de mora do Congresso Nacional – Impetração por entidade de classe – Admissibilidade – *writ* concedido.

Direito de greve do servidor público: O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição de lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição.

²¹ Essa postura recebe severas críticas de Streck (1991), que sustenta que a tese do suprimento das lacunas, cuja existência real também questiona, é um óbice teoricamente criado para negar ao remédio a dimensão a ele concretamente atribuída pelo legislador constituinte.

²² RTJ: 166, 751-774.

A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta – ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição – para justificar o seu imediato exercício.

O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida – que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público – constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção.

A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa – não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora – vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários.

Mandado de Injunção Coletivo: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição.

O reconhecimento de cabimento do mandado de injunção coletivo não gera grandes polêmicas na jurisprudência do Excelso Pretório, até mesmo porque, principalmente em se tratando de direitos sociais, toda uma categoria econômica ou

profissional acaba por ser afetada pela inércia do legislador em regulamentar o preceito constitucional e garantir seu exercício pleno²³.

O que importa ressaltar no julgado em análise é o claro posicionamento da corrente dominante no Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos da decisão proferida no mandado de injunção.

Nesse sentido foi o julgamento do Min. Celso de Melo, relator do processo:

Sendo assim, e tendo em vista as razões expostas, defiro o presente mandado de injunção, para, reconhecendo a mora do Congresso Nacional no adimplemento da prestação legislativa que lhe foi imposta pelo art. 37, VII, da Constituição, ordenar a formal comunicação desse estado de inércia legiferante ao Poder Legislativo da União, com o objetivo de que faça editar a lei complementar necessária à viabilização do exercício, pelos servidores públicos civis, do direito de greve que lhes foi assegurado pelo ordenamento constitucional.

Em sua decisão, foi acompanhado pelos Ministros Francisco Resek, Paulo Brossard, Sidney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves.

²³ Ainda que um tanto alheia à proposta deste trabalho, questão interessante é a possibilidade de utilização do mandado de injunção coletivo na tutela dos interesses difusos, defendida pelos autores que admitem o cabimento do mandado de segurança na proteção dessa categoria de interesses. Nessa circunstância, dada a impossibilidade de delimitação dos titulares do interesse tutelado – que se vinculam apenas por situações de fato –, poder-se-ia atribuir à decisão (também força do art. 103 da Lei nº 8.078/90) efeitos *erga omnes*, ou mesmo efeitos *ultra partes*, quando se tratasse de defesa de interesses coletivos. A decisão equivaleria, então, à edição de sentença normativa, incompatível com o controle concreto de constitucionalidade em que se insere o mandado de injunção e não autorizada no exercício do controle abstrato de constitucionalidade. Todavia, seria possível olhar a questão sob outro ângulo: uma vez que se faz necessária a demonstração do direito lesado, ainda que impossível dimensionar seus titulares, a tutela jurisdicional ficaria limitada ao direito protegido, de sorte que a vinculação da decisão ao caso concreto afigura-se compatível com a natureza do mandado de injunção.

O Ministro Carlos Velloso entende que se deva aplicar ao direito de greve dos servidores públicos civis a legislação ordinária existente para regulamentar o direito de greve dos trabalhadores, dando ao mandado de injunção o efeito de integrar o ordenamento constitucional e, com base na utilização analógica de legislação já existente, suprir o que entende como lacunas pela própria decisão judicial.

No mesmo sentido, o Ministro Marco Aurélio, contudo, sustenta a validade do remédio para o suprimento da omissão através da decisão judicial, porque seria esta a melhor exegese do texto constitucional. Dada sua congruência com a doutrina e com a posição sustentada até aqui neste trabalho, é de se observar a transcrição parcial do voto:

Senhor Presidente, quanto ao mérito, vencido na preliminar, continuo convencido de que ao mandado de injunção não se pode emprestar contornos próprios à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sob pena de caminharmos no sentido de reconhecer a dualidade de institutos com o mesmo objeto; sob pena de esvaziarmos a limitação quanto ao rol dos legitimados contida no art. 103 da Carta. Creio que, na forma prevista no inciso LXXI do rol das garantias constitucionais, o mandado de injunção – a desaguar sempre em uma sentença não simplesmente declaratória da omissão do legislador, e sim mandamental, atente-se para a nomenclatura do instituto –, visa a proporcionar aos interessados, aos impetrantes, os parâmetros indispensáveis ao exercício do direito. É o que no inciso LXXI temos preceito com o seguinte teor:

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.

A razão de ser do mandado de injunção, em um corpo constitucional que contempla a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, está, repito, em viabilizar o exercício do direito reconhecido constitucionalmente e afastar as conseqüências desastrosas, inclusive à segurança na vida gregária, da omissão do legislador.

Senhor Presidente, em um primeiro passo, tal como o Relator, declaro a omissão. Assento que realmente procede o que articulado no mandado de injunção quando se diz que ainda não foi editada a lei complementar de que cogita o inciso VII do artigo 37. Todavia, não me limito a determinar seja oficiado ao Legislativo comunicando essa mora. Mais do que ninguém, o Legislativo sabe que está em mora. Vou adiante, sentindo-me muito à vontade em fazê-lo porque, muito embora não se confira ao Supremo Tribunal Federal – ao contrário do que ocorreu em relação à Justiça do Trabalho, aos Tribunais Regionais do Trabalho e ao Tribunal Superior do Trabalho – o poder normativo, encontro no inciso LXXI do artigo 5º base para, julgando o mandado de injunção, chegar à fixação das condições indispensáveis ao exercício do direito de greve.

.....

Senhor Presidente, sei que nesta visão formo uma corrente minoritária. Creio que hoje somos apenas dois, no Plenário, a sustentar a tese sobre a necessidade de o Tribunal avançar e caminhar no sentido da fixação das condições indispensáveis ao exercício do Direito Constitucional. Por isso, não prossigo na adaptação cabível.

Para efeito de tomada de votos é suficiente dizer que, vencido na preliminar, procedo à declaração da omissão do legislador e, em passo, fixo os parâmetros indispensáveis ao exercício do direito de greve a partir do disposto na Lei nº 7.783/89, com as adaptações pertinentes.

É como voto na espécie.

Da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o mandado de injunção, seu objeto e alcance, resulta a construção de “correntes” que se formaram pelos posicionamentos de seus Ministros.

É elucidador nesse sentido o pronunciamento do Ministro Néri da Silveira²⁴:

Há, como sabemos, na Corte, no julgamento dos mandados de injunção, três correntes: a majoritária, que se formou a partir do Mandado de Injunção nº 107, que entende deva o Supremo Tribunal Federal, em reconhecendo a existência da mora do Congresso Nacional, comunicar a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. Outra corrente, minoritária, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, decide, desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção e provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto. Por último, registro minha posição, que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. Adoto posição que considero intermediária. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento da reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir,

²⁴ Ata da 7ª sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, realizada em 16 de março de 1995 e publicada no Diário da Justiça da União, 4-4-1995, Seção I, p. 8.265.

dispor a respeito do direito *in concreto*. É, por isso mesmo, uma posição que me parece concilia a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei. Esse tem sido o sentido de meus votos, em tal matéria. De qualquer maneira, porque voto isolado e vencido, não poderia representar uma ordem ao Congresso Nacional, eis que ineficaz. De outra parte, em se cuidando de voto, no julgamento de processo judicial, é o exercício, precisamente, da competência e independência que cada membro do Supremo Tribunal Federal tem, e necessariamente há de ter, decorrente da Constituição, de interpretar o sistema da Lei Maior e decidir os pleitos que lhe sejam submetidos, nos limites da autoridade conferida à Corte Suprema pela Constituição.

Como é possível perceber pela manifestação do Ministro, a dissidência que se verifica na doutrina constitucional se estende também aos julgadores do mandado de injunção. As posições do Supremo Tribunal Federal não são uníssonas, de sorte que, como assevera Moraes (1999), duas grandes correntes básicas se consolidaram, dentre os Ministros da Suprema Corte, em relação ao alcance da decisão proferida no *writ* em tela: a concretista e a não-concretista. A primeira, comporta as subcategorias geral e individual, esta última ainda subdividida em direta e intermediária.

Ainda Moraes (1999, 171-172) explora com competência o conteúdo das posições:

Pela *posição concretista*, presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário, através de uma

decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder 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*, implementado o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente. Essa posição é pouco aceita na doutrina, pois, como ressaltado pelo Ministro Moreira Alves, ao proclamar em sede de mandado de injunção, uma decisão com efeitos *erga omnes*, estaria “o Supremo, juiz ou tribunal que decidisse a injunção, ocupando a função do Poder Legislativo, o que seira claramente incompatível com o sistema de separação de poderes”.

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

Continua o autor (*idem*) a abordar as subdivisões da corrente *concretista individual* (direta e intermediária):

Pela primeira, *concretista individual direta*, o Poder Judiciário, imediatamente ao julgar procedente o mandado de injunção, implementa a eficácia da norma constitucional ao autor. Assim, os Ministros Carlos Veloso e Marco Aurélio entendem que a Constituição criou mecanismos distintos voltados a controlar as omissões inconstitucionais, que são a inconstitucionalidade por omissão, inscrita no art. 103 da CF, e o mandado de injunção, estabelecido pelo inc. LXXI, art. 5º, da mesma Carta. ...

Pela segunda, *concretista individual intermediária*, posição do 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.

Moraes defende, analisando esses posicionamentos, a compatibilidade perfeita entre a posição *concretista individual* e a teoria da separação de poderes consolidada no art. 2º da Constituição.

Ainda que os Ministros do Supremo Tribunal Federal tenham dissidências e defendam diferentes posicionamentos acerca dos efeitos do mandado de injunção, o fato é que a corrente dominante acaba por ser a *não-concretista*, que atribui ao remédio constitucional a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público no tocante à concretização do preceito constitucional e determinar que reverta a situação, omitindo-se a decisão judicial de fazê-lo (Moraes, 1999).

Há de ser observado que esta corrente se dissocia do conteúdo do mandado de injunção expressamente fixado na Constituição. Repita-se o que já foi anteriormente afirmado: uma vez que o *writ* em comento está inserto no rol das garantias dos direitos fundamentais, caracteriza-se pela imediata aplicabilidade e pelo pleno poder, assim como ocorre com o mandado de segurança e com o *habeas corpus*, por exemplo, de reverter a conduta do Poder Público causadora da violação ao direito constitucionalmente assegurado. Se essa conduta caracteriza-se pela inércia ou omissão do Poder Legislativo, o mandado de injunção deve, *incontinenti*, reverter o quadro, efetivamente suprindo, na própria decisão judicial, a lacuna.

**1. O SUPRIMENTO DA OMISSÃO LEGISLATIVA POR
DECISÃO JUDICIAL E A INDEPENDÊNCIA ENTRE OS
PODERES**

Uma das bases da estrutura do Estado de Direito é a separação dos poderes, prevista na atual Constituição, em seu artigo 2º, nos seguintes termos: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

O princípio da separação de Poderes ou das funções estatais consolidou-se com a estruturação do Estado de Direito liberal, marco inicial do constitucionalismo moderno no Ocidente. Surge a idéia de tripartição das funções estatais como meio de assegurar mecanismos de controle e limitação do poder político, uma das premissas para o exercício da liberdade dos governados.

O Estado começa a organizar-se, rompendo com o modelo medieval, no que Piçarra (1989, 143) identifica como “a antinomia radical entre o indivíduo, com a sua liberdade natural, considerado em si mesmo e não previamente inscrito em

'ordens naturais', gozando reflexamente os direitos ou os privilégios que destas fossem atributo, e a sociedade, que lhe impõe obrigações e o coage com seu poder".

Esse conflito acaba por conduzir à busca de um novo modelo de Estado e de relacionamento entre governantes e governados, com a concepção de novas formas de gerenciamento do poder político, agora limitado por mecanismos que asseguram a preservação da "liberdade natural" dos integrantes da sociedade civil.

O novo modelo erige-se sob o império da lei, concebida como expressão da vontade geral, com natureza geral e abstrata, e tem como um de seus pilares de sustentação o sistema de separação dos poderes, responsável pela limitação do poder político e servindo como

o "complemento natural" ou mesmo o pressuposto lógico e prático da protecção jurídico-institucional dos direitos fundamentais de liberdade-autonomia, que na época se julgavam tanto mais garantidos quanto mais o poder estadual estivesse limitado e impedido de actuar contra a esfera de autonomia dos sujeitos privados (Piçarra, 1989, 146).

Canotilho (1999a, 246) ressalta o papel dessa estrutura:

A constitucionalística mais recente salienta que o **princípio da separação de poderes** transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como "divisão", "controlo" e "limite" do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas. O princípio da separação como forma e meio de *limite do poder* (separação de poderes e balanço de poderes) assegura uma *medida jurídica* ao poder do estado e, conseqüentemente, serve para garantir e

proteger a esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos. O princípio da separação como *princípio positivo* assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa *responsabilidade* pelo exercício de um poder (grifos no original).

A separação dos poderes estatais, então, foi esquematizada com base em suas funções essenciais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, e assumiu várias feições desde sua concepção até os dias atuais, percorrendo o caminho que se iniciou com um modelo mais rígido, com separação quase estanque das funções, e chegou a um esquema mais aberto, que admite certa integração funcional.

Como salienta Moraes (1999, 352),

o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu 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*).

Não se sustenta a idéia de isolamento das funções estatais, que se fundamenta com base na premissa de que seu exercício não afeta ou não pode ser realizado, em caráter secundário, por outro poder além daquele a quem tenha sido originariamente atribuída determinada função.

Ganha progressiva importância na actualidade o entendimento do princípio da separação dos poderes como princípio de organização óptima das

funções estaduais, cujo contributo tem sido significativo para a determinação do seu valor normativo.

Ele vai no sentido de precisar a capacidade do princípio para fornecer critérios de solução quanto à exacta delimitação de competências entre os órgãos constitucionais, sobretudo em casos tão problemáticos como o direito judicial, o controlo jurisdicional da discricionariedade administrativa e dos vários tipos da chamada discricionariedade imprópria, a inconstitucionalidade por omissão e o instituto dos assentos.

Recorre-se, para este efeito, aos conceitos de estrutura orgânica funcionalmente adequada, de legitimação para a decisão e de responsabilidade pela decisão.

Foram critérios de adequação estrutural e processual que levaram a que se pusesse a cargo de órgãos jurisdicionais e não de órgãos políticos o controlo da legalidade da administração e o controlo da constitucionalidade da legislação (Piçarra, 1989, 262-263).

De fato, a estrutura da separação, desde suas origens, pretendeu servir à idéia de limitação do poder político em prol das liberdades públicas, o que conduz necessariamente à consciência de mutabilidade de suas nuances. Assim é que, dada a complexidade das relações entre organização política, funções estatais, necessidades e direitos fundamentais, é necessário fixar a tripartição de poderes como algo dinâmico, capaz de suportar certa relativização.

Desse modo, não se pode conceber o princípio da harmonia dos Poderes como o de uma separação estrita, em que haveria uma esfera de funções exclusivas, sem nenhuma espécie de ingerência mútua. Tanto isso é verdade que a pedra de toque do sistema é a **função de controle** que cada um dos poderes exerce sobre os demais, fiscalizando o modo como cada um desempenha suas funções prevaletentes.

Assim, a grande vantagem do sistema encontra-se justamente na possibilidade de controle recíprocos, o que impede a autocracia e a predominância de um dos poderes sobre os demais. Dessa maneira, não há uma separação estrita, podendo ser aceitas interpenetrações de funções, desde que o núcleo mínimo do princípio permaneça respeitado (grifos no original) (Pfeiffer, 1999, 107).

Assim, sempre que necessário para concretizar o objetivo da separação de poderes – a limitação do poder estatal –, admite-se a ingerência de um Poder em outro, seja pelo exercício atípico das funções, seja pelo controle direto.

Nesse sentido, Ferraz (1994, 15) alerta que a “cláusula” da indelegabilidade de funções, antes vista como parâmetro absoluto, hoje acaba sendo limitada pela complexidade da atuação estatal, que torna necessário um incremento nos sistemas de controle do poder político.

Dessas observações conclui-se que compete à Constituição, na condição de norma soberana de um Estado, fixar a separação das funções estatais e os parâmetros para seu exercício. Uma vez que alguns limites previstos no Texto Constitucional autorizem o exercício atípico de uma determinada função por um Órgão a quem não competiria naturalmente, não há falar em apropriação ilegítima de atribuição estatal.

É exatamente sob esse enfoque que pode ser encarada a situação do mandado de injunção, e é em virtude dessa estrutura de freios e contrapesos que não se sustenta a tese majoritária do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a regulamentação do caso concreto feriria a estrutura da separação de poderes.

Como já visto no capítulo anterior, predomina na Suprema Corte, em relação ao alcance da decisão proferida no mandado de injunção, a corrente não-concretista, que restringe a finalidade do *writ* ao reconhecimento formal da inércia do Poder Público em dar à norma constitucional a necessária efetividade pela regulamentação.

Todavia, impossível reconhecer a apropriação inconstitucional de uma função por outro poder em ofensa ao sistema de separação.

Assim adverte Streck (1991, 67):

..., é um caso de delegação expressa do legislador constituinte ao órgão aplicador da lei, para que este, na falta de uma norma regulamentadora de um direito, edite a referida norma, para o caso *sub judice*. Não há outra forma, sob pena de conspurcar-se o texto constitucional que disciplina o mandado de injunção.

Pode-se dizer, também, que, na realidade, o mandado de injunção significa: cumpra-se a Constituição da República, ou seja, toda vez que houver inércia do Poder Legislativo a nível de edição de normas regulamentadoras de direitos previstos na Carta e abrangidos pelo *writ* injuntivo, o Poder Judiciário está autorizado a suprir essa falta, editando, como se legislador fosse, a respectiva norma viabilizadora daqueles direitos.

Cabe apenas uma ressalva a essa sustentação quando se refere à atuação do Judiciário “como se legislador fosse”: na verdade, e dessa idéia não discorda o autor citado, o Judiciário deve, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil, atuar no sentido de regulamentar apenas o caso concreto levado à sua apreciação, e sua ação equipara-se à do legislador apenas porquanto elabora

uma “norma”, que não possui o alcance geral e abstrato da norma jurídica considerada em seu sentido amplo.

Machado (1999, 122) enfatiza que

não se trata de pretensa usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário e, sim, de exercício de uma atribuição conferida constitucionalmente. Assim, como não se trata de atividade legislativa *stricto sensu*, de criação de norma geral e abstrata, o STF suscita um pseudoproblema, não podendo ser acolhido.

Em hipótese alguma estaria o Supremo Tribunal Federal apropriando-se da função legislativa, porquanto sua atuação jamais implicaria produção de norma jurídica, e sim simples regulamentação de um caso concreto trazido a seu crivo, numa atuação similar à prolação de uma decisão normativa, porém ainda mais restrita.

Segundo acentua Piovesan (1995, 151),

não há a transferência do encargo de legislar para o Poder Judiciário, posto que não cabe ao Judiciário elaborar normas gerais e abstratas, mas tão-somente tornar viável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais no caso concreto. O Poder Judiciário assume assim, embora em dimensões mais alargadas, sua função típica e própria, qual seja, a função jurisdicional, respondendo satisfatoriamente ao caso concreto.

Assim, desde que se parta da adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, da corrente concretista individual, impossível apurar qualquer ofensa ao princípio da separação de poderes, consoante ressalta Moraes (1999, 173):

A Constituição, ao determinar que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são Poderes da República, independentes e harmônicos, adotou a doutrina constitucional norte-americana do *checks and balances*, pois ao mesmo tempo que previu diversas e diferentes funções estatais para cada um dos Poderes, garantindo-lhes prerrogativas para o bom exercício delas, estabeleceu um sistema complexo de freios e contrapesos para harmonizá-los em prol da sociedade. Assim, poderá o Poder Legislativo sustar a executoriedade de lei delegada editada pelo Chefe do Poder Executivo que exorbite os limites constitucionais (CF, art. 49, V); o Senado Federal processará e julgará o Presidente da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal em crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I) e igualmente deverá aprovar por maioria absoluta de seus membros a indicação presidencial para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52, III). Todos esses instrumentos encontram-se previstos no sistema de freios e contrapesos constitucionais, visando impedir o arbítrio estatal.

O autor segue defendendo a possibilidade de se conciliar perfeitamente a previsão do art. 5º, LXXI, CF, com a divisão de poderes adotada no Brasil, mesmo porque a própria Constituição da República Federativa do Brasil assegura, dentre suas cláusulas eternizadas pela impossibilidade de abolição, o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV). E, sem dúvidas, o mandado de injunção é medida cabível quando se verifique lesão a direito constitucionalmente assegurado pela inércia do Poder Público.

Conclui Moraes (1999, 173):

Assim agindo, não estará o Judiciário regulamentando abstratamente a Constituição Federal, com efeitos *erga omnes*, pois não é sua função; mas, ao mesmo tempo, não estará deixando de exercer uma de suas funções precípua, o resguardo dos direitos e garantias fundamentais.

A idéia de separação de poderes concebida na atual Constituição brasileira, pode-se concluir, atribui ao Judiciário a prerrogativa de suprir vácuo legal deixado pela inércia do Legislativo em relação ao caso concreto, através do mandado de injunção.

Omitir-se o Judiciário de fazê-lo é, senão um atentado direto à previsão constitucional, uma autorização expressa para sua concretização.

Como salientam Hamilton, Madison e Jay (1984, 578):

Se se imaginar que os congressistas devem ser os juizes constitucionais de seus próprios poderes e que a interpretação que eles decidirem será obrigatória para os outros ramos do governo, a resposta é que esta não pode ser a hipótese natural, por não ter apoio em qualquer dispositivo da Constituição. Por outro lado, não é de admitir-se que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobreporem a própria vontade à de seus constituintes. É muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação. O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis. Uma constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juizes. Em consequência cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes.

Essas considerações, embora feitas em relação à ação atentatória aos preceitos constitucionais, são perfeitamente cabíveis quando se tratar de omissão.

Sempre que a inércia do Legislativo se mostrar lesiva à efetividade da Constituição e à realização dos direitos nela estatuídos, incumbe ao Judiciário agir. Essa ação, longe de significar prevalência do Judiciário sobre o Legislativo ou ingerência ilegítima em sua esfera de atuação, é a conduta que se espera de um Poder que recebe da Constituição o encargo de zelar pela sua supremacia e pela garantia incondicional dos direitos fundamentais.

2. A EFETIVIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO: UM ENFOQUE À LUZ DO “CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO”

A análise do instituto, até aqui, demonstrou que, apesar de estar previsto no texto constitucional com intuito de se apresentar como medida assecuratória dos direitos fundamentais, principalmente no combate à inércia do legislador em conferir-lhes efetividade pela regulamentação, o *writ* não consegue produzir seus efeitos – pelo menos os declarados – da maneira como se espera. Mais do que inércia do legislador ou inabilidade do Supremo Tribunal Federal, a causa do problema deve ser investigada como uma arquitetura de fatores muito mais complexa, que surge com a própria previsão normativa do instituto, com as intenções do legislador e dos operadores do direito em relação à efetividade do remédio constitucional em foco e finda confirmando a condição de inoperância da medida.

A posição dominante da doutrina quanto aos seus efeitos corresponde à posição minoritária no Supremo Tribunal Federal, qual seja, a corrente concretista,

que reconhece no mandado de injunção a prerrogativa de suprir, por meio do provimento jurisdicional, a omissão legislativa obstante do uso do direito assegurado na norma constitucional.

Apesar de toda a construção doutrinária no sentido de que o mandado de injunção realmente é medida capaz de, por si só, resolver o problema da omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal mostra-se irredutível, e disso decorre a inutilidade do remédio. Tais circunstâncias evidenciam um problema mais sério em relação à efetividade do *writ* em foco e da Constituição em geral, na medida em que a prática nega a norma.

Faz-se necessária, então, a revisão do enfoque dado ao constitucionalismo, tradicionalmente concebido como a ciência que estuda as evoluções e movimentos constitucionais e suas repercussões na sociedade, ou, como salienta Canotilho (1999a, 47), “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”.

Uma vez que o constitucionalismo se preocupa diretamente com a relação estabelecida entre a Constituição, o Estado e seus atos e a sociedade, deve estar atendo também às vicissitudes que comprometem a realização da pretensão constitucional. Sem dúvida, a inefetividade da Constituição é um problema histórico, e a busca de suas razões deve sempre fazer parte do seu objeto.

O que se pretende com essa proposta é a construção de um viés crítico, e a sementeira dos primeiros grãos de uma nova visão do constitucionalismo. Assim, ainda que em caráter de ensaio, busca-se investigar os fatores determinantes da inoperância da Constituição – ou, como se verá adiante, as causas da inoperância das funções declaradas da Constituição. Esse ensaio é identificado como constitucionalismo crítico.

Ao passo que os enfoques do constitucionalismo tradicional afiguram-se bastante ortodoxos e apegados à visão normativa do Direito e da Constituição, o constitucionalismo crítico é apresentado como uma nova possibilidade de identificação dos elementos responsáveis pela ineficácia da Constituição nos parâmetros desejados pela teoria constitucional. Esse recorte funda-se na tentativa de reconhecimento de aspectos “invisíveis”, não declarados, que acabam por impingir às normas constitucionais uma eficiência de dimensões assustadoramente discrepantes dos padrões que, segundo declarado, são esperados pelos destinatários da proteção e segurança jurídica por elas prometidas.

Para o desenvolvimento dessa abordagem, serão utilizadas como substrato algumas construções doutrinárias da Criminologia Crítica²⁰, uma vez que perfeitamente aplicáveis à análise da dinâmica constitucional.

Surgida como uma reação aos padrões teóricos sustentados pela Dogmática Penal, a Criminologia Crítica estrutura-se com base na denúncia de que o

²⁰ Alessandro Baratta, Vera Regina Pereira de Andrade e Jackson C. de Azevêdo.

sistema penal se presta a, em nome da promessa de segurança jurídica e mesmo social, rotular os indivíduos – e não condutas – como nocivos à paz social, deixando de cumprir sua meta de controle – e até eliminação – da criminalidade e substituindo-a pela práxis de excluir o criminoso da sociedade.

Identificando as dissonâncias entre as propostas teóricas e a concretização do sistema jurídico-penal, a Criminologia Crítica desenvolve-se no sentido de “apontar a contradição que marca geneticamente a Dogmática Penal entre promessas humanitárias garantidoras e a captura por exigências reguladoras do sistema penal, a partir da qual se desnudam suas funções latentes” (Andrade, 1997, 34).

Essa nova abordagem surge como alternativa à concepção clássica na busca da explicação do fenômeno da criminalidade²¹. Como assevera Baratta (1997,

²¹ Salienta Baratta (1997, 160-161):

A plataforma teórica alcançada pela criminologia crítica, e preparada pelas correntes mais avançadas da sociologia criminal *liberal*, pode ser sintetizada em uma dupla contraposição à velha criminologia positivista, que usava o enfoque biopsicológico. Como se recordará, esta buscava a explicação dos comportamentos criminalizados partindo da criminalidade como um dado ontológico preconstituído à reação social e ao direito penal. recordar-se-á, também, como tal criminologia – que conta ainda com não poucos epígonos – pretendia estudar nas suas “causas” tal dado, independentemente do estudo da reação social e do direito penal. Nos capítulos precedentes percorremos o itinerário que conduziu, através do desenvolvimento de diversas escolas de sociologia criminal, dos anos 30 em diante, ao limiar da criminologia crítica. Duas são as etapas principais deste caminho. Em primeiro lugar, o deslocamento do enfoque teórico do autor para as condições objetivas, estruturais e funcionais, que estão na origem dos fenômenos do desvio. Em segundo lugar, o deslocamento do interesse cognoscitivo das *causas* do desvio criminal para os mecanismos sociais e institucionais através dos quais é construída a “realidade social” do desvio, ou seja, para os mecanismos através dos quais são criadas e aplicadas as definições de desvio e de criminalidade e realizados os processos de criminalização. Opondo ao enfoque biopsicológico o enfoque macrossociológico, a criminologia crítica historiciza a realidade comportamental do desvio e ilumina a relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações de produção e de distribuição. O salto qualitativo

161), a concepção tradicional da criminalidade acaba sendo responsável pela elitização dos destinatários da proteção estatal, através do que o autor identifica como “dupla seleção”:

Em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos (grifos no original).

Na verdade, não se pode conferir ao ordenamento a condição de sistema estático de normas, ao contrário, deve-se concebê-lo como um sistema dinâmico de funções, que se vale da produção de normas e de sua aplicação, que compreende a ação dos órgãos de investigação e a execução das sanções previstas para a infração.

Nesse contexto, impossível admitir-se que a criação de normas, na esfera abstrata, não deva guardar alguma conexão com a realidade, haja vista serem ambos aspectos – teórico e prático – integrantes da mesma organização.

que separa a nova da velha criminologia consiste, portanto, principalmente, na superação do paradigma etiológico, que era o paradigma fundamental de uma ciência entendida, naturalisticamente, como teoria das causas da criminalidade. A superação deste paradigma comporta, também, a superação de suas implicações ideológicas: a concepção do desvio e da criminalidade como realidade ontológica preexistente à reação social e institucional e a aceitação acrítica das definições legais como princípio de individualização daquela pretendida realidade ontológica – duas atitudes, além de tudo, contraditórias entre si (grifos no original).

A criminologia crítica, então, identifica duas dimensões do sistema penal: a) a programadora, representada pelas normas e responsável pela definição de seu objeto de controle e das regras de seu funcionamento; b) a operacional, caracterizada pela concretização da primeira, ou seja, pela realização do programa (Andrade, 1994, 123) e edifica seu conteúdo na constatação da absoluta distância entre ambas.

Com efeito, a construção crítica parte da premissa de que a abordagem do direito deve se sustentar na concepção de unidade entre suas dimensões. A dualidade reforçada pela dogmática tradicional, que considera as dimensões programadora e operacional de maneira isolada, criando uma desconexão entre essas esferas, é o ponto central das críticas da “Nova Criminologia”.

A abordagem honesta dos problemas que orbitam em torno da dimensão do Direito somente pode ser feita com base na “união” das duas dimensões, e na sua visão como aspectos integrados do Direito.

Nesse sentido, cumpre chamar a atenção para o fato de ser a idéia de igualdade, base dos ordenamentos jurídicos regidos pelos ideais do Estado democrático de Direito, tratada de forma absolutamente discrepante nas duas dimensões do sistema penal. Percuciente a análise que Baratta (1997, 162) faz do problema:

Para cada um destes mecanismos em particular, e para o processo de criminalização, tomado no seu conjunto, a análise teórica e uma séria inumerável de pesquisas empíricas conduziram a crítica do direito penal a

resultados que podem ser condensados em três proposições. Estas constituem a negação radical do mito do direito penal como direito igual, ou seja, do mito que está na base da ideologia penal da defesa social – hoje dominante. O mito da igualdade pode ser resumido nas seguintes proposições:

a) o direito penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural);

b) a lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos anti-sociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais *chances* de tornar-se sujeitos, e com as mesmas conseqüências, do processo de criminalização (princípio da igualdade).

Exatamente opostas são as proposições em que se resumem os resultados da crítica:

a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;

b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;

c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.

A crítica dirige-se, portanto, ao mito do direito penal como o direito igual por excelência. Ela mostra que o direito penal não é menos desigual do que os outros ramos do direito burguês, e que, contrariamente a toda aparência, é o direito desigual por excelência (grifos no original).

A mesma bipartição funcional pode, sem dúvida, ser identificada no sistema constitucional: de um lado, um complexo normativo regulando a estrutura do Estado e seu funcionamento e estatuidando direitos fundamentais; de outro, e não desvinculado do primeiro, todo um aparato destinado a conferir exequibilidade às previsões normativas e torná-las concretas.

Contudo, assim como detectado no sistema penal, também há no constitucional sensível distância entre o discurso sustentado em sua dimensão programadora e a prática realmente verificada na dimensão operacional.

De fato, o grande fator determinante da inoperância dos sistemas jurídicos destinados à proteção dos direitos fundamentais, nos quais se insere o mandado de injunção, parece ser a distância entre o discurso oficial e a sua concretização. Todavia, atribuir-se unicamente aos operadores do direito a responsabilidade da ineficácia do discurso legal seja por despreparo, seja por má vontade, não basta para explicar, da maneira mais adequada e eficaz, o problema.

Uma das prováveis causas dessa incongruência é atribuída por Andrade (1994, 124) à estrutura do Estado moderno, “simultaneamente, um Estado capitalista e um Estado de Direito e, enquanto tal, atravessado por uma ambigüidade profunda entre exigências capitalistas de dominação e exigências de garantia dos direitos humanos, no marco de uma legitimação da legalidade”.

Continua a autora (1994, 130-131) enfatizando que

ao discurso dogmático deve ser atribuído o estatuto de uma ideologia (ideologia jurídico-penal dominante). Positivamente, o discurso dogmático racionalizador/garantista consubstancia um programa ou um metaprograma decisório para a prática penal e contém potenciais garantidores dos direitos humanos individuais. Mas, ao centrar-se discursivamente na dimensão *de direito* do Estado moderno oculta, ideologicamente, a dimensão *capitalista* que com ele se dialetiza e, portanto, a relação do sistema com o poder e a dominação. Concorre, desta forma, para conformar um tipo de imaginário social sobre o sistema, ao mesmo tempo em que procura ocultar as suas reais funções. Neste duplo movimento configura uma ideologia justificadora e legitimadora do Direito e do sistema penal (grifos no original).

Seguindo essa linha de raciocínio, é possível identificar a ambigüidade da estrutura normativa representada pela Constituição da República Federativa do Brasil em vigor.

Ao mesmo tempo em que o ordenamento constitucional demonstra zelosa preocupação com os direitos fundamentais e com a igualdade substancial das condições de acesso a eles, como corolário do próprio ideal motivador da atual Carta²², cria condições restritivas do exercício das prerrogativas nela estatuídas, uma vez que abre espaço para a hegemonia do poder econômico (característica que se acentua num crescendo a cada reforma constitucional).

²² A Constituição vigente foi concebida como o instrumento de realização plena da democracia, atendendo aos anseios de uma sociedade esgotada e vilipendiada pelo regime ditatorial de antes. Edificada sob a pecha de Constituição Cidadã, trouxe consigo a responsabilidade de realizar os direitos fundamentais e libertar os governados de todos os empecilhos ao seu exercício.

No entanto, não conseguiu – e talvez nem fosse essa sua pretensão – romper com as condutas responsáveis por estigmatizar e excluir que utilizam como critério para a concessão da tutela estatal não a condição humana, mas a condição social, ditada pela propriedade, pelo poder econômico.

O discurso constitucional, então, em sua dualidade, abriga ideologias antagônicas e excludentes: a garantia plena e geral dos direitos fundamentais e a seletividade natural inerente ao capitalismo²³.

O funcionamento do sistema nesse movimento aparentemente conflitante, todavia, acaba sendo desmistificado quando se identificam algumas de suas características, que resultam no tratamento diferenciado de seus destinatários, à revelia da igualdade formal concebida da lei.

As considerações feitas pelos criminólogos citados são perfeitamente cabíveis em relação ao sistema constitucional, sob enfoque no presente trabalho. Com efeito, basta uma análise perfunctória da estrutura normativa destinada à previsão dos direitos fundamentais, por exemplo, para que sejam percebidas suas falhas. De fato, tais direitos não são disponibilizados a todos os “representantes do gênero humano”; ao contrário, fazem parte de um sistema que seleciona seus beneficiários segundo critérios não autorizados no discurso oficial.

De fato, ainda que se pregue, no discurso constitucional, a realização plena dos direitos fundamentais e dos mecanismos que lhes garantem eficácia, percebe-se que muito pouco se consegue no combate às desigualdades materiais e mesmo formais. A própria Constituição institui direitos que identifica como absolutos e irrestingíveis e limita seu alcance, impondo condições para sua realização. Pode-se apontar aqui, dentre tantos, a previsão do próprio direito de igualdade formal, que

²³ A concessão de liberdade ao exercício do poder econômico - faceta essencial do capitalismo – não pode ser admitida sem a natural seleção de que sejam os titulares dessa liberdade,

sofre restrições de ordem processual: o princípio do contraditório (art. 5º, LV) encontra-se limitado pelas previsões de privilégio de foro; o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) é restringido pelas imunidades conferidas aos parlamentares, que vedam o processo criminal enquanto perdurar o mandato (art. 53, § 1º).

A incompatibilidade do discurso formalizado na Constituição com sua realização prática, é possível concluir, então, não se deve a mero acidente ou impossibilidade casual de operacionalização dos preceitos constitucionais.

Não é difícil constatar que o discurso oficializado no texto constitucional é ideológico e falacioso, e não simplesmente de árdua implementação. De fato, são inúmeras as violações aos direitos fundamentais e aos dispositivos constitucionais em geral, mas o mais grave é que tais violações não são tratadas como tal e não despertam o interesse do Estado, considerado o provedor e tutor dos direitos fundamentais e agente capaz de tomar providências no sentido de coibi-las e reverter seus resultados; ao contrário, são, em grandes proporções, por ele promovidas.

Com efeito, em nome da governabilidade, altas taxas de juros são praticadas, a saúde e a educação são sucateadas, o acesso à Justiça – pela atuação do próprio Poder Judiciário – é cerceado, as desigualdades sociais reforçam-se cada vez mais, e tudo com base na lei.

de um lado, e de quem sejam suas “vítimas”, de outro.

Exemplos claros desse distanciamento residem da produção de leis cuja execução é absolutamente inviável²⁴. O próprio mandado de injunção, concebido como um remédio apto a resolver todas as falhas decorrentes da falta de regulamentação do texto constitucional, é de execução extremamente delicada e, ousa-se afirmar, até mesmo impossível.

A estrutura do Supremo Tribunal Federal tanto física como institucional não comporta a concretização do mandado de injunção. Grosso modo, podem ser resumidas as dificuldades no pequeno número de julgadores a quem incumbiria a solução de infindáveis casos concretos e na falta de preparo técnico desses mesmos julgadores para apreciar as situações com “olhos de legisladores”.

A solução para o problema, então, concretiza-se com o redimensionamento da previsão constitucional do mandado de injunção, através da hermenêutica que sobre ela exerce o Supremo Tribunal Federal, promovendo a mutação constitucional e retirando da medida a eficácia originariamente concebida.

Com efeito, a trajetória constituinte do mandado de injunção e o cenário em que foi germinado não deixam dúvida quanto às suas dimensões originais.

²⁴ A Constituição atribui ao STF a competência para processar e julgar os crimes de responsabilidade praticados por Ministros de Estado e, com os acréscimos da Emenda Constitucional nº 23/99, também os cometidos pelos Comandantes das Forças Armadas (art. 102, I, c) sem, no entanto, dar à Corte estrutura para instruir tais processos.

A Lei nº 9.957/2000, alterando a redação da Consolidação das Leis do Trabalho, instituiu o procedimento sumaríssimo na Justiça do Trabalho e determina que a prolação da sentença deverá ser feita no prazo de quinze dias do ajuizamento da ação (art. 852-B, III, CLT), incluindo-se o feito em pauta suplementar, se necessário. Ignora-se o fato de que, na maioria das Varas do Trabalho, inexistente possibilidade real, por falta de “espaço”, para criação de pautas suplementares.

Estes são apenas exemplos, dentre tantos casos, de leis feitas inconseqüentemente e sem a menor condição de operacionalização.

A Assembléia Constituinte foi convocada em 1987 no intuito de elaborar uma Constituição que servisse de marco definitivo do rompimento com as estruturas políticas e sociais maculadas e comprometidas pelo regime ditatorial do qual saía o Brasil.

Com esse espírito, à sociedade foi prometida uma Carta Política que restaurasse a Democracia e que balizasse a grandiosidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico. Assim, paralelamente à previsão arrojada de direitos fundamentais, apresentados como o fim primeiro do Estado, com a admissão de novas dimensões de direitos (direitos coletivos e difusos, por exemplo) e concepção da sua internacionalização e universalização, foram concebidas garantias que lhes conferissem a prometida efetividade.

Nesse cenário, tomou corpo a preocupação com a inefetividade da Constituição gerada pela inoperância do Poder Legislativo. O mandado de injunção foi concebido então como o remédio constitucional apto a reverter as lesões aos direitos fundamentais daí advindas. Assim, sempre que a omissão legislativa maculasse o exercício de qualquer direito, o Poder Judiciário deveria ser acionado para efetivamente resolver a situação e assegurar a efetividade da Constituição.

No anteprojeto de Constituição apresentado pelo Prof. Fábio Konder Comparato, assim era apresentada a medida:

Se as leis complementares, necessárias à aplicação dos dispositivos desta Constituição, não forem editadas dentro de três anos de sua promulgação, o Ministério Público ou qualquer interessado poderá pedir ao

Poder Judiciário a aplicação direta desses dispositivos constitucionais aos casos concretos²⁵.

Essa proposta ilustra a preocupação dos constituintes com a efetividade da Constituição. A redação do dispositivo regulamentador do mandado de injunção evoluiu até chegar aos contornos com que foi promulgado, mas não se afastou da idéia inicial de servir como meio garantidor da eficácia nas normas constitucionais contra a inércia em concretizar sua aplicabilidade aos casos concretos.

A medida, no entanto, passou, como visto, por uma remodelagem conferida pela prática, uma verdadeira mutação.

O fenômeno da mutação constitucional encontra esteio no que Bulos chama de poder constituinte difuso e conceitua da seguinte forma (1997, 171-172):

É adjetivado de *difuso*, porque não vem insculpido nos textos constitucionais, mas, mesmo assim, está presente na vida dos diversos ordenamentos jurídicos. Apresenta-se em estado de latência, daí ser um poder invisível, aparecendo apenas quando necessário, para ser exercido pelos órgãos constitucionais, aos quais compete aplicar a Constituição, interpretando-a, escandindo-a se preciso for, a fim de dar-lhe efetividade.

O poder constituinte difuso é sobremaneira notado naqueles casos relativos à incompletude do subsistema constitucional, é dizer, nas hipóteses de lacunas, onde os Poderes Públicos – destinatários imediatos das normas supremas do Estado – têm a missão, senão o dever, de fazer atuar a Constituição, com o escopo de solucionar possíveis vazios normativos (grifos no original).

²⁵ In: *Mandado de injunção*. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, p. 26.

A própria Constituição, naturalmente, abre espaço para que seu conteúdo seja (re)definido pela hermenêutica constitucional. A interpretação e aplicação dos dispositivos constitucionais, não raro, acaba por lhes conferir nuances diversas dos parâmetros inicialmente concebidos pelo Poder Constituinte e até desejados pela sociedade.

Não há, até aqui, nenhum vício ou deturpação no procedimento que mereça ser recriminado, uma vez que as normas constitucionais devem conservar, em nome de sua perenidade, certa abstração e generalidade, ficando a cargo do intérprete (legislador, administrador ou julgador) sua adequação às situações concretas, da melhor maneira possível.

O problema é que, não em raras ocasiões, a prática integrativa entre a norma constitucional e a realidade por ela tutelada se concretiza por meio de atos que se distanciam da Carta Magna e, não obstante, continuam vigendo e surtindo plenamente seus efeitos. É a mutação pelas “práticas constitucionais”, que têm também o poder de conferir à Carta Magna novos delineamentos.

Nesse sentido, alerta Neves (1995, 157-158):

A mudança da Constituição no processo de sua concretização ou realização resulta também da *práxis* constitucional não vinculada à atividade de interpretação e aplicação normativa. A maneira como se desenvolvem concretamente as relações básicas de poder, como atuam os órgãos estatais supremos, como se relacionam os cidadãos com o Estado e entre si, pode implicar transformações constitucionais relevantes. É possível tanto que isso resulte em mutações de sentido normativo do texto da Constituição ou no

preenchimento de “lacunas constitucionais”, quanto no surgimento de uma normatividade constitucional marginal em face do texto constitucional ou no desuso em relação a certos dispositivos da Constituição.

Sem dúvida, esse fenômeno ocorre em relação ao mandado de injunção, sobre o qual pairavam expectativas de eficácia bem diversa daquela que hoje lhe é atribuída. E neste caso, diga-se de passagem, nem sempre as ações tendentes à mutação constitucional são as mais auspiciosas e os resultados os melhores, do ponto de vista do cidadão.

Num primeiro momento, pode-se dizer que a mutação constitucional tanto pela interpretação oficial quanto pela prática acabou por retirar do seu conteúdo as dimensões estabelecidas pelo legislador constituinte, restringindo a eficácia da medida.

Neves (1995, 158) alerta que a “deturpação do texto constitucional no processo de concretização, sem base em critérios normativos generalizáveis, torna discutível a aplicação da semântica de ‘mudança da Constituição’. Nessas situações, cabe falar de desconstitucionalização fática ou concretização desconstitucionalizante”. O autor define a desconstitucionalização fática como a descaracterização da juridicidade da norma pela sua incapacidade de vincular os atos e as situações concretas, que dela se distanciam. O texto constitucional, então, afasta-se quase completamente da realidade, que se constrói e consolida à sua margem, retirando-lhe toda a força normativa.

É justamente à análise desse comprometimento da efetividade das normas constitucionais que se pretende dedicar a construção dos primeiros fundamentos teóricos da abordagem que aqui se intitula constitucionalismo crítico.

Com base nas construções da Criminologia Crítica, esse novo viés do constitucionalismo tem por escopo desmistificar os argumentos da linha de pensamento tradicional que, em nome de assegurar a hegemonia constitucional e o pleno cumprimento de seus preceitos, acaba por legitimar a prática de um sistema seletivo, cuja concretização guarda assustadora discrepância com as metas nele declaradas.

Nesse contexto, impõe-se elucidar que o objetivo primeiro da teoria edificada sob a designação de Criminologia Crítica é denunciar os aspectos invisíveis, os aspectos que, embora presentes e vivos, são ocultados pelo discurso da dogmática jurídica (não só a penal) tradicional.

Um passo fundamental a ser dado nessa direção é o reconhecimento de que o Direito se erige como um instrumento de controle social e de domínio, edificado em dois pilares básicos: emancipação e regulação.

Com efeito, o ordenamento jurídico moderno – que legitima o Estado Democrático de Direito –, em seu discurso oficial, busca cada vez mais a emancipação da sociedade, propondo-se a controlar os abusos e atentados contra os governados através da regulamentação dos direitos humanos. O Estado assume, com isso, feições de garantidor, de tutor dos direitos fundamentais, consolidando essa

posição através do pilar da regulação: ou seja, o ordenamento jurídico, notadamente o constitucional, impõe os parâmetros (que considera) legítimos e adequados para o desenvolvimento das relações sociais.

Ao mesmo tempo em que realiza o controle social, indispensável à realização dos direitos humanos, o Estado, legitimado e respaldado pelo Direito, aparelha-se com instrumentos de dominação.

A ideologia sustentada pelo Estado funda-se, então, no equilíbrio e na convivência harmônica entre esses dois pilares: a regulação a serviço da emancipação, e o exercício do controle social como meio de realização e garantia dos direitos humanos a toda a sociedade.

Esse equilíbrio, todavia, jamais passou de utopia ao longo da história. O que se tem, então, é a crise do Estado estruturado sobre esses dois alicerces, que não pode ser atribuída a pura casualidade e resulta na utilização do poder para fins não declarados²⁶

²⁶ Nesse sentido, esclarece Sousa Santos (1996, 236):

Como vimos, o desequilíbrio entre regulação e emancipação e o conseqüente excesso de regulação em que veio a saldar-se resultou de desequilíbrios, tanto no seio do pilar da regulação, como no da emancipação. Por um lado, no pilar da emancipação, a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica desenvolveu-se em detrimento das demais racionalidades e acabou por colonizá-las, um processo com múltiplas manifestações, desde a redução à ciência jurídica dogmática da riquíssima tradição de reflexão filosófica, sociológica e política sobre o direito, até às várias oficializações do modernismo nas artes, de que são exemplos salientes, na arquitetura, o estilo internacional e Brasília, reduções grosseiras das pesquisas utópicas de Le Corbusier, à democracia de massas e ao poder abstracto da tecnocracia. A hipertrofia da racionalidade cognitivo-instrumental acarretou a própria transformação da ciência moderna através da progressiva hegemonia das epistemologias positivistas, uma transformação que, se não foi determinada pela conversão da ciência em força produtiva no capitalismo, teve com ela fortíssimas afinidades electivas.

Assim, destaque-se que a análise dos fatos demonstra certa incoerência entre a ideologia do Estado e sua concretização.

A distância e até incompatibilidade entre as dimensões programadora e operacional é negligenciada pela dogmática jurídica tradicional. A dificuldade de implementação dos ideais insculpidos na norma jurídica acaba sendo atribuída a fatores alheios ao objeto do direito, o que perpetua a contradição entre a ideologia jurídica e sua realização.

A nova leitura proposta pela Criminologia Crítica, aqui apropriada pelo enfoque crítico do constitucionalismo, como anteriormente visto, estrutura-se na abordagem do Direito como uma unidade funcional, composta das dimensões destinadas à programação e concretização, afetada por uma notória incompatibilidade.

Um dos alertas feitos pela Criminologia Crítica em relação ao sistema penal é a afirmação de que o discurso oficial é, como salienta Azevêdo (1999, 39), insincero. O autor indica dois fatores que clarificam o que chama de insinceridade do discurso: a) a constatação de que a lei não reflete nem modifica a realidade e tampouco é feita para ser cumprida; b) o interesse na manutenção da crise, que legitima o aparato estatal e, em alguns casos, como o penal, favorece o desenvolvimento de uma verdadeira indústria, consistindo em atividade altamente lucrativa.

A insinceridade do discurso sustentado pelo Estado, e acatado pela dogmática jurídica tradicional, evidencia a principal denúncia da Criminologia Crítica,

que se empresta ao constitucionalismo crítico: o direito não se realiza apesar dessa contradição, mas através dela.

É esse conflito que constitui a dimensão ideológica ou simbólica essencial ao funcionamento do Direito. É justamente a distância entre o ideal da lei e sua realização que dão força ao Direito, na medida em que se evidencia sua luta por justiça (retratada na ideologia) e sua relevância para a sociedade (que necessita da implementação dos ideias).

A apropriação desse alerta pelo constitucionalismo crítico é perfeitamente oportuna, ante sua perfeita adequação. O processo segundo o qual o Estado pauta suas decisões no discurso constitucional oficial é estruturado, então, da seguinte forma:

A força normativa da Constituição estaria assegurada quando a esfera pública pluralista fosse integrada no processo de concretização constitucional. Nessa perspectiva, os interesses e valores do público, os mais divergentes, devem ser levados em consideração pelo intérprete em sentido estrito. Em linguagem sistêmica, pode-se dizer que os procedimentos oficiais de interpretação-aplicação jurídica apresentam-se, então, como mecanismos seletivos das diversas expectativas do público em torno do texto constitucional. Tal seletividade teria uma função estabilizadora e congruentemente generalizante das expectativas normativas constitucionais. Porém, na hipótese de concretização desconstitucionalizante, não está presente, em primeiro lugar, uma esfera pública pluralista. As relações excludentes de subintegração e sobreintegração na sociedade, especialmente no sistema jurídico, impedem a construção de uma esfera pública pluralista formada de cidadãos como indivíduos integrados igualmente, do ponto de vista jurídico, na sociedade. O agir e o vivenciar normativos do subcidadão

fazem implodir a própria Constituição como modelo jurídico-político da esfera pública. Nesse contexto, a referência à esfera pública deve ser ponderada pela observação de que se trata de uma “esfera pública restrita” a certos grupos e organizações. Ao problema da insuficiente construção da esfera pública nos casos de concretização desconstitucionalizante vincula-se a deficiência de seletividade adequada por parte dos procedimentos oficiais de interpretação-aplicação constitucional diante das expectativas políticas de indivíduos e grupos. Não só essas expectativas são, em ampla medida, constitucionalmente marginais ou destrutivas, como também os procedimentos atuam, com frequência, no sentido da distorção casuística do sentido normativo do texto constitucional. Tal situação não significa desconstrução do texto constitucional no sentido pós-moderno, mas antes uma prática destrutiva dos seus possíveis sentidos normativos (Neves, 1995, 159).

Essa estrutura de desconstitucionalização fática é típica dos países periféricos e serve à preservação do *status quo* social, consolidando os fatores reais de poder à revelia do texto constitucional. O movimento está intimamente relacionado com o processo de constitucionalização simbólica, caracterizado pela hipertrofia dos efeitos simbólicos da legislação em detrimento de sua instrumentalidade: ou seja, à estrutura das normas constitucionais não se seguem condições reais de lhes conferir efetividade perante a realidade social. Não se cuida meramente de incompatibilidade involuntária entre a norma e sua realização, mas de ação deliberada do Estado – e, quiçá, até do Poder Constituinte –, com o intuito não de “direcionar as condutas e orientar as expectativas conforme as determinações jurídicas das respectivas disposições constitucionais”, mas de satisfazer a objetivos políticos concretos, como preservar a reverência ao discurso democrático ou mesmo garantir uma boa imagem do Estado perante o estrangeiro (Neves, 1995, 162).

Em caso de constitucionalização simbólica, o problema ideológico consiste em que se transmite um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas. Dessa maneira, perde-se transparência em relação ao fato de que a situação social correspondente ao modelo constitucional simbólico só poderia tornar-se realidade mediante uma profunda transformação da sociedade. Ou o figurino constitucional atua como *ideal*, que através dos “donos do poder” e sem prejuízo para os grupos privilegiados deverá ser realizado, desenvolvendo-se, então, a fórmula retórica da “boa intenção” do legislador constituinte e dos governantes em geral (Neves, 1995, 162).

O autor adverte que esta prática “imuniza” o sistema e perpetua, com aparente legitimidade, as práticas dissociadas dos preceitos constitucionais. Trocando em miúdos, os governantes invocam os preceitos constitucionais a fim de demonstrar seu “interesse” em concretizá-las e garantem a permanência de suas práticas que se constroem exatamente no sentido inverso.

De todas essas considerações evidencia-se a assustadora seletividade presente no sistema jurídico-constitucional, apesar de, não obstante e como não poderia deixar de ser, vir combatida no discurso oficial.

Prega-se, no texto da Constituição, a realização absoluta, plena e homogênea dos direitos fundamentais, com a eliminação das desigualdades formais e materiais: ou seja, qualquer ser humano, independentemente de seu nível social, econômico, cultural ou intelectual, é titular dos direitos inalienáveis e absolutos do homem. Todavia, a prática – que nunca foi diferente ao longo dos tempos – mostra justamente o contrário: os direitos fundamentais do homem, ao contrário do que se

propaga no discurso oficial, somente são acessíveis para parte da população – a parte integrante da classe cujos interesses, incompatíveis com os das demais classes sociais, são representados pelo Estado.

Evidencia-se, assim, o movimento construído para legitimar a atuação do aparato estatal: o Estado pauta-se numa Constituição que, estatuidando direitos e informando que são pertencentes a todos os habitantes de seu território, legitima sua atuação; a atuação estatal, por outro lado, não visa ao cumprimento da Constituição que a legitima, ao contrário, sonega, com a prática, seus preceitos fundamentais.

Todavia, caso o Estado resolvesse romper com a Constituição e assumir que não está disposto a atender seus comandos, perderia a legitimidade de Estado Democrático de Direito, veria enfraquecida sua credibilidade como única instituição capaz de prover a justiça social e garantir a realização dos direitos fundamentais e, por fim, perderia a força que o mantém vivo.

O desenvolvimento desse raciocínio passa pela análise do que Andrade (1997) chama de “eficácia invertida” do sistema jurídico, em alusão ao sistema penal. A autora alerta para o fato de que é necessário inverter a aparência superficial do sistema jurídico.

Dividido o sistema em duas dimensões, a programadora e a instrumental, chama atenção a distância entre ambas, uma vez que a primeira prega o combate à violência e a segunda a estimula. O que parece ser o declarado insucesso da dogmática, que prega a igualdade e o fim da violência e não consegue concretizá-

los, deve ser lido como o êxito de suas funções não declaradas. A autora defende que o sistema penal, na forma como foi construído no Estado Moderno, oculta, sob o discurso oficial de combate à violência, a pretensão de perpetuar as desigualdades, a seletividade de sua “clientela” e, com isso, eternizar o mal que pretende combater e que acaba por sustentá-lo. Andrade chega a essa conclusão após verificar, em cuidadosa análise histórica, que o “Direito e o sistema penal exercem, também, uma função ativa de conservação e reprodução das relações sociais de desigualdade” (1997, 283-284)²⁷.

A criminóloga conclui sua abordagem do sistema jurídico-penal, que bem pode servir ao sistema jurídico-constitucional:

Enquanto sua eficácia instrumental tem sido excessivamente inversa à declarada, sua eficácia garantidora tem sido simbólica, devido à aptidão do código ideológico do discurso dogmático para (re)produzir um certo número de representações; ou seja, para confirmar a instrumentalidade declarada subproduzida, ocultando a instrumentalidade superproduzida. Pois concorre, de maneira não desprezível, para socializar a crença e produzir um consenso (real ou aparente) em torno a uma imagem ideal e mistificadora do funcionamento do sistema “dentro” da legalidade e da igualdade jurídica, ao mesmo tempo em que oculta sua real funcionalidade.

O déficit de tutela real dos Direitos Humanos é assim compensado pela criação, no público, de uma ilusão de segurança jurídica e de um sentimento

²⁷ “O fracasso das funções declaradas da pena abriga, portanto, a história de um sucesso correlato: o das funções reais da prisão que, opostas às declaradas, explicam sua sobrevivência e permitem compreender o insucesso que acompanha todas as tentativas reformistas de fazer do sistema carcerário um sistema de reinserção social” (Andrade, 1997, 291-292).

de confiança no Direito Penal e nas instituições de controle que têm uma base real cada vez mais escassa.

Ao mesmo tempo em que a segurança jurídica aparece empiricamente falsificada pelo império da *in*-segurança jurídica, aparece simbolicamente reafirmada e este simbolismo tem gerado efeitos legitimadores não apenas do subsistema da Justiça, mas de todo o sistema penal, acompanhando e sustentando aquela eficácia instrumental invertida (reprodução ideológica do sistema).

A complexidade do sistema é também enfatizada por Azevêdo (1999, 41), que simula a auto-descrição do sistema jurídico:

Eu sei que a minha prática, o que eu faço, é diferente do que eu digo, mas se eu disser isso, ninguém vai me aceitar. E como o que eu quero é exatamente o que eu faço, preciso continuar mentindo, porque só consigo fazê-lo enquanto disser o que digo. E graças ao que digo (legalidade, prevenção, ressocialização etc) que posso fazer o que eu faço (construção seletiva da criminalidade).

A deficiência do sistema jurídico deve-se, então, não só à falta de vontade ou dificuldade na aplicação das leis. Decorre também da falha (nem sempre acidental, como já dito) na construção do comando que se apresenta no próprio texto normativo.

A identificação das funções ocultas é um dos pilares que sustenta a construção do constitucionalismo crítico.

Com efeito, a acentuada distância entre a função programadora e a função operacional do sistema constitucional, repita-se, é indicativo de que a geração das normas não acompanha a sucessão dos fatos. E isso não se deve a mero acaso ou impossibilidade real.

Essa incoerência revela, na verdade, que o sistema constitucional se desenvolve no sentido de manter sua função não declarada: a função de, sustentando-se na postura de conferir a todos os seres humanos a titularidade dos direitos fundamentais, perpetuar as gritantes características de desigualdade e seletividade do sistema legal e, com isso, manter inalterado o *status quo* social e proteger os detentores do poder político e, inseparável deste, do poder econômico.

Nesse sentido, mostra-se extremamente oportuna a construção de Lassalle (1998), que admite um distanciamento entre a constituição escrita, que o autor chama de “folha de papel”, e a constituição real, determinada pelos “fatores reais de poder”. Enquanto cumpre a esta última ditar efetivamente os padrões de conduta e a natureza e modelo das relações jurídicas como convém aos detentores do poder, cujos interesses são representados pelo Estado (grupos dominantes economicamente, na maioria dos casos), caberia à primeira legitimar o aparato governamental e suas ações, ainda que incongruentes com os preceitos nela insculpidos. De fato, para o autor alemão, a constituição escrita somente produziria seus efeitos reais se estivesse em consonância com os interesses dos fatores reais de poder.

Analisando, sob o enfoque crítico ora proposto, o cenário atual, percebe-se que a constituição escrita de Lassalle, ainda que tenha seu conteúdo dissociado daquele almejado pelos fatores reais de poder, cumpre seu papel na sociedade e legitima a consolidação da constituição real.

É precisamente o que Neves chama de constitucionalização simbólica, cuja consolidação está sempre ligada à desconstitucionalização fática ou à concretização desconstitucionalizante.

Talvez essa abordagem consiga explicar porque o mandado de injunção, concebido pelo legislador constituinte e recebido pela comunidade jurídica como um remédio apto a conferir à Carta Constitucional plena efetividade, não tenha alcançado os intentos dimensionados nesse contexto. Talvez explique também – situação ainda mais alarmante – o dado de que o Estado, a quem cabe o monopólio da produção legislativa e da solução de conflitos, nada de concreto tenha feito para retirar, de uma medida concebida como um dos mais importantes *writs* constitucionais, a inoperância.

Atribuir a não-utilização do mandado de injunção somente à atuação do Supremo Tribunal Federal parece simplificar demais um problema que possui raízes mais profundas e tramas mais complexas. Com efeito, nem sequer a lei regulamentadora do mandado de injunção, mais de uma década após a promulgação da Constituição, foi implementada.

Numa análise mais acurada, então, pode-se dizer que o mandado de injunção, apesar de não se concretizar conforme os anseios da sociedade e da comunidade jurídica, cumpriu exatamente o papel que os detentores dos fatores reais de poder esperavam dele.

Sem dúvida, o que se percebe parece ser uma espécie de acordo ajustado entre os vários setores do Estado no sentido de concretizar, em relação aos preceitos constitucionais, a eficácia não declarada do sistema jurídico. Se, por um lado não se pode escusar a atuação – ou omissão – do Poder Judiciário ou do Legislativo no sentido de negar efetividade às normas constitucionais, por outro, tampouco é possível simplificar o problema e escolher um agente responsável por ele.

A análise do problema que cerca a plena efetividade do mandado de injunção, que aqui pode ser traduzida por sua realização nos moldes sustentados pela doutrina constitucional apresentada neste trabalho, depende então da investigação séria e acurada dos fatores que institucionalizaram – e continuam a fazê-lo – a inoperância do discurso oficial declarado.

Mais do que apresentar uma solução – o que não alcançaria, pela impossibilidade conjuntural, a concretude necessária –, quer o presente trabalho denunciar os aspectos até aqui apontados e incitar a sociedade e, notadamente, os setores do ensino jurídico, a uma busca autêntica de autênticas soluções, que parecem passar pela revisão de alguns conceitos sedimentados – embora não realizados – pela dogmática tradicional.

Com efeito, não se trata simplesmente de elaborar uma proposta, no âmbito normativo, para que se dê ao mandado de injunção maior eficácia²⁸. A mera alteração da redação do dispositivo constitucional que o regulamenta não seria, por si só, capaz de modificar a cultura jurisprudencial sedimentada até então.

É possível perceber que, pela atual redação do inciso LXXI do artigo 5º da Constituição, os Tribunais Superiores, principalmente o Supremo Tribunal Federal, já teriam elementos para dar ao remédio constitucional em questão a eficácia sustentada pela doutrina dominante e, inclusive, por alguns de seus Ministros.

A postura dos Tribunais de negar efetividade ao *writ* sob o manto da teoria da separação de poderes, principalmente, parece revelar, na verdade, a confirmação nítida da ideologia liberal que, escudada no discurso da igualdade formal de todos os cidadãos perante as leis e os direitos, acaba por promover, lícitamente, a discriminação e divisão da sociedade em verdadeiras “castas”, excluindo larga parcela da população do alcance do oficial Estado Democrático do Direito.

O sistema brasileiro, que adota o modelo de certo intervencionismo do Estado nas relações econômicas em prol dos direitos sociais (constitucionalismo social), característico do Estado moderno no ocidente, não foge à regra. O Estado brasileiro legitima-se em bases “garantistas”, avocando para si a prerrogativa de

²⁸ Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Emenda Constitucional nº 96-A (Relatora Dep. Zulaiê Cobra) para a Reforma do Poder Judiciário, em que consta proposta para mudança na redação do inciso LXXI do art. 5º da Constituição, acrescentando ao seu conteúdo a determinação para que a decisão do Poder Judiciário regulamente o caso concreto. Pelas considerações feitas até aqui, é muito pouco crível que a proposta – caso aprovada – venha a assegurar ao remédio constitucional a efetividade que lhe atribui a doutrina.

fornecer ao governado os mecanismos que assegurem a execução dos direitos que lhe são outorgados pela Constituição e demais leis vigentes. Assumindo a função de tutelar a observância dos direitos fundamentais, o Estado erige suas bases na Constituição, que acaba por legitimar seus atos.

Todavia, Baratta (2000, 38), enfocando especificamente o sistema penal, alerta para os resultados reais dessa estrutura:

O pacto social próprio da modernidade, o direito moderno e suas Constituições estão ligados ao intento de conter a guerra, de civilizar e de submeter a regras institucionais os conflitos políticos e sociais. No interior deste processo, a segurança dos cidadãos constitui a promessa central do Estado.

A condição de validez e eficácia do pacto é a eliminação da violência graças ao monopólio legítimo do uso da força por parte de um Estado imparcial. Sabemos, ao contrário, que o resultado histórico – até agora, a raiz da crise da modernidade, muito freqüentemente descrita nos discursos que se autoqualificam de “pós-modernos” – e que o direito moderno, no intento de conter a violência, terminou por ocultá-la, excluindo do pacto os sujeitos débeis, fazendo juridicamente invisíveis a desigualdade e a violência estrutural na sociedade²⁹.

²⁹ O texto foi traduzido pela autora. Sua versão original é a seguinte: “El pacto social propio de la modernidad, el derecho moderno y sus Constituciones están ligados al intento de contener la guerra, de civilizar y de someter a reglas institucionales los conflictos políticos y sociales. En el interior de este proceso, la seguridad de los ciudadanos constituye la promesa central del Estado.

La condición de validez y eficacia del pacto es la eliminación de la violencia gracias al monopolio legítimo del uso de la fuerza por parte de un Estado imparcial. Sabemos, al contrario, que el resultado histórico – hasta ahora, a raíz de la crisis de la modernidad, mui frecuentemente descrita en los discursos que se autocalifican ‘postmodernos’ – es que el derecho moderno, en el intento de contener la violencia, ha terminado por ocultarla, excluyendo del pacto los sujetos débiles, haciendo jurídicamente invisible la desigualdad y la violencia estructural en la sociedad”.

Em nome da criação de mecanismos capazes de conter as violações aos direitos fundamentais, o Estado cria aparatos protetivos, nos quais se inserem as garantias – e o remédio enfocado neste estudo – e, do ponto de vista formal, desincumbe-se de sua atribuição, alegando êxito: a Constituição estatui direitos e coloca à disposição de quem queira os mecanismos para garantir sua execução, não se podendo exigir mais do Poder Público.

Numa análise honesta dos fatos, no entanto, os resultados são outros: criam-se mecanismos seletivos, na medida em que o discurso exaltador da “Constituição Cidadã” acaba por ocultar toda a gama de indivíduos – que não é pequena – aliados da cidadania.

Poucas ações no sentido de efetivamente reduzir as desigualdades e os obstáculos ao gozo dos direitos fundamentais são verificadas; o discurso oficial, contudo, apontando todas as soluções para os problemas, nega sua insolubilidade e cruza os braços para novas e diferentes tentativas, quem sabe mais eficazes.

Assim alerta Canotilho (1999b, 56-57), referindo-se à constitucionalização dos direitos fundamentais num Estado de Direito:

Uma outra dimensão deve, porém, ser revelada: não basta a consagração de direitos numa qualquer constituição. A história demonstra que muitas constituições ricas na escritura de direitos eram pobres na garantia dos mesmos. As “constituições de fachada”, as “constituições simbólicas”, as “constituições álibi”, as “constituições semânticas”, gastam muitas palavras na afirmação de direitos, mas pouco podem fazer quanto à sua efectiva garantia se os princípios da própria ordem constitucional não forem os de um

verdadeiro Estado de Direito. Isto conduz-nos a olhar noutra direcção: a dos *princípios, bens e valores* informadores e conformadores da juridicidade estatal (grifos no original).

Perpetua-se, com a omissão proposital do Estado e seu descompromisso em relação aos princípios informadores da ética que deveria respeitar, a injustiça que transforma os direitos fundamentais e suas garantias em mera retórica. Legitimam-se os argumentos que, com base na própria Constituição, são capazes de consolidar sua ineficácia, sua inoperância.

Do contrário, o mandado de injunção seria medida plenamente utilizada para efetivamente garantir a concretização dos preceitos constitucionais, independentemente da vontade do legislador ordinário.

O presente trabalho, então, antes – ou ao invés – de apresentar um projeto que dê maior eficácia ao mandado de injunção – que não sairia do plano retórico –, pretende denunciar esse complexo encadeamento de ações e decisões políticas que, travestidas no discurso garantista, consolidam a seletividade do sistema constitucional, circunstância que repercute na sonegação, à grande parcela da população e promovida pelo próprio Estado, da fruição dos direitos fundamentais.

Repisando o que já foi dito sobre o sistema penal³⁰, a solução dada pelo ordenamento constitucional para o problema das diferenças sociais e dificuldades de sedimentação dos direitos fundamentais não vai além da simples exclusão daqueles que não se enquadram no perfil do “cidadão médio titular dos direitos assegurados na

³⁰ Alessandro Baratta, 2000, 38.

Constituição”. Ao invés de serem resolvidas, as disparidades são ocultadas e ignoradas.

É fundamental reconhecer, repita-se, que a postura adotada pela dogmática constitucional reafirma a distância entre as duas dimensões (programadora e operacional) do sistema jurídico e solidifica a sua dualidade. Assim, o discurso normativo é estudado sem conexão com a realidade. Os problemas da realidade, por sua vez, acabam sendo tratados como derivações de fatores alheios ao alcance e objeto da norma.

Consolidado esse isolamento, o sistema constitucional estrutura-se em duas dimensões irremediavelmente contraditórias, tornando-se impossível refletir sobre uma solução verdadeiramente eficaz para os conflitos que o assolam. Até mesmo porque tamanha distância implica em incompatibilidade quase absoluta entre os direitos formalmente assegurados e os direitos substancialmente concretizados.

Faz-se premente então a construção de um novo aporte teórico que busque solucionar a contradição entre a dimensão abstrata do sistema normativo e a sua realização prática, e que procure desvelar as múltiplas facetas ocultas e não anunciadas pelo discurso oficial do Estado.

Assim, a crítica erige-se sobre a denúncia de que a inoperância do sistema não se deve a mera impossibilidade, mas, ao contrário, a atuação deliberada do sistema no sentido de assegurar a concretização de sua função não declarada,

invisível, latente, qual seja, a manutenção do *status quo* através da exclusão de parcela da população da tutela constitucional.

A proposta do constitucionalismo crítico é, nesse passo, a persecução de uma análise unificada das duas dimensões do sistema constitucional: a adoção de medidas verdadeiramente eficazes de concretização dos direitos estatuídos na Constituição somente será possível se compreendida a necessidade de aproximação entre as esferas programadora e operacional, concebendo-as como mutuamente responsáveis pela construção da realidade social.

O que se quer lançar nesse trabalho é a proposta de modificação do ponto de vista utilizado pela dogmática constitucional para dimensionar a eficácia dos direitos fundamentais. Ao invés de focalizar a situação do lugar ocupado pelo “cidadão” e atribuir a inefetividade da Constituição a fatores alheios ao objeto de estudo do Direito Constitucional, pretende-se assumir a ótica do (não menos) “cidadão” privado do exercício das liberdades constitucionais. Somente com a assunção dos obstáculos à concretização dos direitos constitucionais pelo constitucionalismo é possível conceber, com alguma chance de sucesso, as soluções para uma crise que tende a se agravar cada vez mais³¹.

³¹ É oportuno o esclarecimento que Baratta (1997, 199) faz em relação à Criminologia Crítica e à importância de uma análise honesta dos fatores que impedem a realização do “discurso oficial” :

Se uma tal ciência pretende ser capaz de penetrar na lógica das contradições que a realidade social apresenta, e de captar as necessidades dos indivíduos e da comunidade no seu conteúdo historicamente determinado, para orientar a ação em vista da superação destas contradições e da satisfação destas necessidades, não poderá se limitar à descrição das relações sociais de desigualdade que o sistema penal reflete (no seu modo fragmentário de proteger os interesses, isto é, de satisfazer as necessidades dos indivíduos e da comunidade, no seu modo seletivo de

Na verdade, ao invés de se admitir que a estruturação dos direitos constitucionais seja pré-existente aos movimentos sociais, devendo estes serem ajustados aos padrões estipulados naqueles (o que causa a dualidade contraditória entre as dimensões do sistema constitucional), o constitucionalismo crítico propõe o lançamento de novas bases para a delimitação dos estudos voltados para a busca de maior efetividade constitucional.

Somente considerando-se o ser humano como titular dos direitos – e não os direitos em si – e agente dos direitos, de uma maneira pura e não contaminada por critérios desautorizados pelo discurso normativo para distinção e seleção, será possível investigar com honestidade as causas de inoperância dos preceitos constitucionais. Do contrário, a Carta Magna não passará de uma “Constituição-disfarce”, cujo único intuito é ocultar a realidade que contradiz os preceitos nela expressados.

Ao invés de direcionar o discurso do constitucionalismo para a justificação da dissonância entre a teoria e sua concretização, é necessário tratar essas duas esferas do sistema constitucional como objeto de estudo e investigação. Somente

distribuir o *status* de criminoso). Em tal nível descritivo, de resto, resultados muito consideráveis já foram alcançados, no âmbito da sociologia *liberal* contemporânea. Por isso, a análise deverá ser impelida para um nível mais profundo, com o objetivo de compreender a função histórica e atual do sistema penal para a conservação e para a reprodução das relações sociais de desigualdade. Isto requer que se supere o nível da visibilidade sociológica da desigualdade (a esfera da distribuição dos bens positivos ou negativos), para penetrar na lógica objetiva da desigualdade, que reside na estrutura das relações sociais de produção, na sociedade tardo-capitalista, para apreender a lei invisível, mas efetiva, à qual estas relações obedecem: a lei do valor (grifos no original).

assim, a construção doutrinária não fica comprometida com a manutenção de uma realidade mascarada e fragmentária.

Sem dúvida, o “constitucionalismo crítico” não possui condições de assumir – e nem se tem tamanha pretensão – o papel de reorganizar o funcionamento do sistema constitucional, até mesmo porque os vícios aqui apontados estão institucionalizados histórica e culturalmente, além de encontrarem respaldo nos interesses das categorias dominantes, detentoras dos fatores reais de poder.

No entanto, fica aqui como contributo para um repensar do estudo do Direito Constitucional e das relações de poder “legitimadas” no nosso Estado Democrático de Direito.

Como abordagem crítica que é, sua relevância é apresentada na medida em que busca revelar os aspectos ocultos que permitem a sedimentação e a legitimação de relações de poder por um Estado cujas ações desnaturam, com veemência, as metas estabelecidas em seu discurso oficial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo o que dispõe a Constituição pátria, o Brasil é um Estado Democrático de Direito. Nessa condição, tem-se o poder político, a quem compete a organização estatal, sujeito aos ditames de um ordenamento constitucional edificado em prol dos direitos fundamentais do homem.

A idéia de Estado subordinado aos comandos do poder constituinte – que num Estado Democrático de Direito deve ser a expressão da vontade popular soberana – pressupõe a rigidez da Constituição, que demanda a instituição de mecanismos que lhe garantam a supremacia.

Nesses mecanismos enquadra-se o controle de constitucionalidade, que, no atual modelo constitucional, assumiu novos contornos que o tornaram capaz de combater, além de atos atentatórios ao texto constitucional, a inércia do legislador ordinário, inviabilizadora da fruição dos direitos nele previstos.

É esse o cenário do mandado de injunção, instrumento de cunho puramente normativo, cujo objeto consiste em efetivar o exercício dos direitos fundamentais, por meio da criação de normas bastantes a esse fim.

A ineficácia do mandado de injunção, após tanto tempo de vigência da Constituição Cidadã, no entanto, é sintoma de uma crise bem mais grave do que a mera impropriedade redacional com que foi concebida a novel figura jurídica ou do que a imperícia ou incapacidade dos operadores jurídicos em interpretar o conteúdo da norma insculpida no art. 5º, LXXI, da CF.

É fundamental dizer que o mandado de injunção, como já foi visto – e como reconhecem até alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal –, possui todas as condições teóricas de alcançar os resultados esperados dele no âmbito da técnica constitucional pura e simples. Não é, repise-se, a simples alteração do texto da lei que atribuirá à medida a eficácia que a comunidade jurídica e a parcela da sociedade alijada do exercício dos direitos fundamentais esperam dela.

Na verdade, é quase indiscutível a inviabilidade prática do mandado de injunção. A atuação do Supremo Tribunal Federal – e mesmo dos outros Tribunais a quem a Constituição atribui a competência de julgar o *writ* questionado – no sentido de suprir, por suas decisões, os vazios deixados pelo legislador ordinário, de fato, inviabilizaria a atividade daquela Corte. O discurso da inexequibilidade da medida sustenta-se no argumento de que, além do assombroso número de processos que deveriam ser julgados, a complexidade de expedir uma decisão com poderes normativos, regulando do nada situações concretas, absorveria totalmente as atribuições dos julgadores, além de não se conseguir a garantia de que pelo menos os mandados de injunção seriam satisfatoriamente julgados.

Essa inviabilidade pragmática institucionalizada do mandado de injunção acaba por revelar uma trama ainda mais complexa das relações que se estabelecem entre as várias facções do poder político e que tem como produto o já mencionado discurso oficial.

A separação de poderes consolidada no Estado moderno pressupõe a interpenetração de funções – como já visto – e uma convivência nem sempre harmônica entre os vários ramos de atuação do Poder Público e destes com a sociedade. A consolidação da Constituição, então, aparece como meio de legitimação dessa teia que nem sempre tem como objetivo a concretização dos direitos fundamentais que a norma constitucional confere aos governados, ou pelo menos, a boa parte deles.

É de se observar como está estruturada, por assim dizer, a situação do mandado de injunção.

O legislador constituinte originário, atendendo aos apelos de uma sociedade que saía de um regime militar fechado e clamava por uma nova – e verdadeira – democracia, concebe uma Constituição inovadora, avançada, rica em direitos fundamentais e na previsão de suas garantias que, no entanto, são pobres em possibilidades reais de concretização, não passando, num primeiro momento, de estruturas retóricas.

Doze anos depois, a situação não é diferente: a riqueza dos direitos fundamentais perde-se nas dificuldades para sua concretização, que são legitimamente

atribuídas pelo sistema constitucional – aqui desconsideradas o que se pode chamar de mazelas políticas – à falta de condições reais para sua concretização ou à negligência dos meios formais aptos a conferir-lhes eficácia. Como exemplo da primeira situação, pode-se apontar a dificuldade de realização verdadeira do direito ao emprego e a um salário mínimo capaz de prover, para o trabalhador e sua família, “moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”²⁵, que se mostra concretamente inviável, haja vista a impossibilidade de se afirmar que o salário mínimo fixado pelo Governo é “constitucional”, e não há a menor perspectiva de que a situação seja revertida. Vê-se que, aqui, a realização dos direitos mencionados transcende a esfera puramente normativa, exigindo do Estado ações integradas nos setores social, econômico, político etc. para a concretização do preceito constitucional.

Exemplos do segundo caso poderiam ser o direito dos trabalhadores à participação nos lucros e resultados das empresas e o direito à greve para os servidores públicos. Em ambas as hipóteses, basta que lei autorize a efetivação do preceito constitucional, independentemente da satisfação de qualquer outra condição.

Parece claro, então, que o dito “discurso oficial” concede direitos consciente de que sua execução é impossível. O enredo revela-se ainda mais complexo quando esses direitos saem do âmbito material, propriamente dito, passam ao plano das garantias, assumindo estrutura “processual”, por assim dizer, e ficam a cargo do Poder Judiciário.

²⁵ Art. 7º, IV, Constituição Federal.

É precisamente o caso do mandado de injunção: concebe-se uma medida que reveste a forma de ação e não se criam nenhuma condições, por mínimas que sejam, para que saia do plano retórico. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal legitima sua inércia com o argumento de que precisaria suspender o exercício de todas as competências que a Constituição lhe confere para processar e julgar o mandado de injunção, sem falar no despreparo técnico dos julgadores para editar verdadeiras normas, ainda que vinculadas e restritas a um caso concreto.

O legislador, por outro lado, transfere sua responsabilidade para o Judiciário, que acaba por ser culpado pela inoperância da Constituição. A meta declarada do sistema jurídico serve também como arma na luta que se trava entre os Poderes. Nesse jogo em que os poderes estatais se utilizam de vários álibis para se desincumbirem das suas atribuições constitucionais, fica o cidadão sem obter a concretização da Constituição que lhe foi prometida como a panacéia de todos os males decorrentes dos tempos de governo ditatorial.

Tem-se, então, que o aparente insucesso do Estado em alcançar as metas que declara assumir esconde o real êxito de suas pretensões não declaradas: enquanto diz estar lutando pela realização dos direitos, o Estado reafirma sua legitimidade perante a sociedade e perpetua o discurso não declarado, reforçando cada vez mais a não-concretização dos direitos pelos quais diz lutar e, com isso, sustentando-se no poder através da imutabilidade do *status quo* social.

Essa prática atentatória contra a autêntica consolidação do Estado Democrático de Direito, no entanto, não possui a prerrogativa da eternidade.

Como assevera Neves (1995, 162-163), a deturpação pragmática da linguagem constitucional,

se, por um lado, diminui a tensão social e obstrui os caminhos para a transformação da sociedade, imunizando o sistema contra outras alternativas, pode, por outro lado, conduzir, nos casos extremos, à desconfiança pública no sistema político e nos agentes estatais. Nesse sentido, a própria função ideológica da constitucionalização simbólica tem os seus limites, podendo inverter-se, contraditoriamente, a situação, no sentido de uma tomada de consciência da discrepância entre ação política e discurso constitucionalista.

Compete aos operadores do Direito difundir essa tomada de consciência, que já toma forma na comunidade jurídica, para que a sociedade como um todo possa munir-se, pelo conhecimento do processo de constitucionalização simbólica, de armas para, enfim, combatê-lo.

É esse o intuito que se pretende alcançar com a concepção do “constitucionalismo crítico” desenvolvido neste trabalho e, quiçá, essa semente possa germinar na sociedade e frutificar as “armas” necessárias ao combate das agressões – legitimadas pelo discurso oficial, diga-se de passagem – contra os direitos fundamentais, contra o exercício da verdadeira cidadania.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. *“Writs” constitucionais : (habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data)*. 2. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. *Dogmática e controle penal: em busca da segurança jurídica prometida*. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1999.

AZEVÊDO, Jackson C. de. *Reforma e “contra” reforma penal no Brasil: uma ilusão ... que sobrevive*. Florianópolis: OAB-SC Editora, 1999.

BACHA, Sergio Reginaldo. *Mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BARATTA, Alessandro. La política criminal y el Derecho Penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais – Temas atuais de Criminologia*. São Paulo: RT. v. 29. Jan/mar. 2000.

_____. *Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro e TAVARES, André Ramos. *As tendências do Direito Público no liminar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de direito*. Coleção Cadernos Democráticos. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999a.
- _____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999b.
- _____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

- CRETILLA JÚNIOR, José. *Os writs na Constituição de 1988 - mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, ação popular*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- DANTAS, Ivo. *Mandado de injunção: guia teórico e prático*. Rio de Janeiro: Aide, 1994.
- DOBROWOLSKI, Sílvio (org.). *A constituição no mundo globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.
- ECO, Humberto. *Como se faz uma tese*. 14. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi. Para una teoria geral del garantismo. In: _____. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999a.

- _____. *Estado de direito e constituição*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999b.
- FREEMAN, Samuel. *Democracia e controle jurídico da constitucionalidade*. In: Revista Lua Nova. nº 32, 1994, p. 181-199.
- HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- HAMILTON, Alexander. Pensamento político. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: UnB, 1984.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- LIPPMANN, Ernesto. *Os direitos fundamentais da Constituição de 1988: com anotações e jurisprudência dos tribunais*. São Paulo: LTr, 1999.
- LIXA, Ivone F. Morcilo. O Direito como sistema de garantias: uma breve leitura hermenêutica. In: SANTOS, Rogerio Dutra dos (org.). *Introdução crítica ao estudo do sistema penal: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

LOUREIRO, Lair da Silva; LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Mandado de segurança e mandado de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança - ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. 304 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Direito constitucional*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 1999.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros. n. 12, out-dez/1995.

_____. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de tutela e direitos constitucionais: teoria prática e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 1999.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas, 1999.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão - teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1990. 3 v.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2000.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. *Lineamentos do mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SOUSA SANTOS, Boaventura. Subjectividade, cidadania e emancipação. In: _____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. *O mandado de injunção no Direito brasileiro: análise crítica, perspectivas jurídicas e políticas*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991.

STRENGER, Irineu. *Mandado de injunção*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rev. e atual. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crises, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.