

# Mandado de Injunção e Hermenêutica Constitucional: velhas e novas leituras

*Leonardo Arquimimo de Carvalho \**

---

## Resumo

---

O Mandado de Injunção deverá ser concedido 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. Contudo, o mandamento vem sendo sido ignorado nos tribunais brasileiros.

O presente ensaio discute algumas características do Mandado de Injunção atentando, de forma especial, para a interpretação estabelecida pelos tribunais para o instituto.

Palavras-chave: Mandado de Injunção. Hermenêutica Constitucional.

---

\* Pesquisador da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV); leonardo.carvalho@fgv.br

## 1 INTRODUÇÃO

Tendo sido consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) o ideal do Estado Democrático de Direito, acreditava-se, no início, que haveria o fim da dogmática jurídica assentada no modelo liberal-individual, superando, conseqüentemente, a interpretação e a aplicação de normas do ordenamento com base naquele ideal. De fato, esperava-se uma revolução pela via legal, em que, um viés jurídico, ao menos minimamente progressista, conseguisse dar efetividade aos anseios sociais pautados por fortes elementos de transindividualidade e a uma crescente complexidade social, que requeria novas posturas.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, vigente desde 1988, deixou explicitamente consagrada a sua inspiração democrática e o desejo de construir uma nova ordem institucional. Contudo, decorridos quase vinte anos desde sua promulgação, aquele que seria um dos vetores de transformação para um novo país – um instrumental para a grande mudança – acabou perdendo seu encanto e recebeu críticas ácidas no que se refere a sua aplicabilidade, eficácia, imprecisão e amplitude. O número expressivo de normas programáticas e de eficácia limitada, bem como a utilização de incontáveis expressões tópicas, lugares-comuns, para consolidar um meio social tão conflitivo e antagônico, desde sempre manifestava uma certa quimera constitucional. Agravando a situação, os inúmeros vícios conservadores permaneceram aliados poderosos da hermenêutica jurídica, resultando numa oceânica quantidade de decisões que tornaram muitos dos instrumentos constitucionais vazios, agravando a divisão entre o direito e a sociedade, entre o previsto e o concretizado.

O instrumento do Mandado de Injunção (MI) consagrado no texto constitucional é um exemplo do que se afirma, ou seja, construído dentro da aliança democrática e inspirado no direito estrangeiro, representaria uma vitória da cidadania contra a inoperância legislativa e/ou executiva que constantemente impedia os titulares de direitos ou garantias de exercerem seus conteúdos consagrados, mas não regulamentados. Não obstante tal consideração, a hermenêutica dos tribunais alterou completamente o entendimento

inicial – em sucessivos julgamentos – sobre o instituto constitucional, relegando-o a subsidiariedade da “inconstitucionalidade por omissão”.

Nesse sentido, pretende-se, no ensaio, fazer breves considerações sobre os elementos principais integrados ao conceito de Constituição, bem como a da supremacia desta diante do ordenamento jurídico. Num segundo momento, observam-se elementos histórico-temporais do controle da constitucionalidade, referindo-se a importância de um ordenamento jurídico coerente em relação à Constituição. Posteriormente, intenta-se, no trabalho, arrolar alguns dos momentos históricos principais do MI, iniciando pelo *writ of injunction* do direito estadunidense, e passando para a *equity* do direito anglo-saxão. Observam-se, ainda, os novos instrumentos de proteção e garantia do exercício dos direitos constitucionais individuais e/ou coletivos, fazendo referência a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e ao MI. Propõe-se no ensaio, também, analisar no tópico seguinte o MI, seus pressupostos de admissibilidade, apresentando as divergências referentes aos limites do instrumento.

Por fim, traz, por intermédio da decisão de tribunais superiores e da opinião da doutrina nacional, os aspectos principais quando da invocação do MI, demonstrando a dimensionalidade e os efeitos no que se refere ao uso de uma hermenêutica liberal-individual e conservadora.

## 2 CONSTITUIÇÃO E SUPREMACIA MATERIAL-FORMAL

A Constituição de um determinado Estado apresenta em seu texto os elementos principais de um sistema de normas jurídicas que regem a forma do Estado e governo, estabelecendo o modo de distribuição, acesso e limitação do poder, enfim, ordena os elementos formadores do Estado. Considerada, pois, a lei fundamental do Estado, delinea sua organização política e estabelece os direitos e as garantias dos indivíduos.<sup>1</sup>

O conceito de Constituição não se limita a um significado unívoco, e é frequentemente apresentada sob quatro sentidos: Constituição instrumental (texto ou documento escrito), formal (como fonte formal

do direito constitucional), normativa e material (ordenamento constitucional). As formações sociais, independentemente da época, possuem uma estruturação legal, desvinculada de forma e estrutura. O poder necessita uma organização básica, com distribuição de funções entre os diversos elementos da estrutura social.

A Constituição de um Estado estabelece a organização dos seus elementos essenciais; trata-se de um sistema normativo escrito ou costumeiro, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias (SILVA, 1999, p. 39-40).

Canotilho observa a função da Constituição, resumindo em quatro dimensões: a normatização constitutiva da organização estatal; a racionalização e os limites dos poderes públicos; a fundamentação da ordem jurídica da comunidade e como programa de ação. Os dados componentes do conceito, bem como as funções apontadas como sendo pertinentes a uma dada Constituição, permitem observar a importância político-jurídica e a supremacia dela diante do Ordenamento Jurídico. Como tal deve apresentar determinada imutabilidade, uma rigidez formal que mantenha certa coerência dentro do sistema jurídico que possibilite a própria permanência do Estado como ente, política e juridicamente organizado. Representa, também, uma superioridade formal em relação às demais regras do ordenamento, advindo tal particularidade da pressuposição de que a norma posta provém de um poder constituinte, com intenção normativo-constitucional por intermédio de meios idôneos para sua produção, aliando a este elemento a força jurídica superior (CANOTILHO, 2000).

Os dois elementos referidos, quais sejam, permanência no tempo e superioridade hierárquica, são parte integrante do conceito do princípio da supremacia constitucional, que é considerado a base estrutural do Direito. A Constituição se coloca no ápice do ordenamento jurídico, como referencial para todo o sistema; hierarquicamente, está numa posição de superioridade. A manutenção da referida supremacia constitucional depende da instituição de um sistema de regras que possibilite a permanência da coerên-

cia e do desencadeamento lógico do ordenamento, conhecido como sistema de controle de constitucionalidade. Seria vã a superioridade constitucional, se acaso pudesse, sem conseqüências, ser violada pelos organismos estatais. Lembra Clève, que a fiscalização da constitucionalidade prescinde mais do que uma Constituição, requer o seu reconhecimento como instrumento jurídico, logo escrita e formalizada; elementos presentes quando do surgimento do Estado de Direito (CLÈVE, 1999, p. 29).

### 3 CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE: FUNÇÃO E INSTRUMENTO

Independente dos inúmeros elementos históricos presentes na evolução do instituto do controle da constitucionalidade, das contribuições do sistema inglês, francês, ou mesmo dos países de orientação jurídico-marxista – controle político, com exceção da ex-Iugoslávia que contava com o Tribunal Constitucional –, é no direito estadunidense que o controle jurisdicional judicial ganha sua importância – o caso *Marbury vs. Madison* é considerado um marco fundamental no controle judicial da constitucionalidade.<sup>2</sup>

No Brasil, o controle da constitucionalidade teve início na Constituição Republicana de 1891, por influência de Rui Barbosa e inspiração estadunidense. Os demais textos, como a Constituição de 1934, 1937 e 1946, apresentaram inúmeras inovações, contudo foi a Constituição Federal de 1988 que marcou profundamente o instituto, trazendo a lume contribuições do direito estrangeiro, instrumentalizando e ampliando as hipóteses do controle abstrato e concreto de constitucionalidade. Busca o controle, manter a coerência dos atos legislativos ou administrativos produzidos em relação à Constituição, assim decorrente do princípio da supremacia da Constituição e da compatibilidade vertical das normas com as leis fundantes do sistema normativo, logo implica em uma atitude, uma ação do responsável pela edição de ato legislativo e administrativo.

Também, a não-observação das prescrições legais no que diz respeito à edição de atos legislativos e administrativos requeridos pela norma principal, constitui-se em problema para o ordenamento, logo, passíveis de controle de constitucionalidade.

O princípio da supremacia exige que todas as situações jurídicas se adequem aos princípios e preceitos constitucionais; esta conformidade com os ditames constitucionais, no período atual, não se satisfaz simplesmente com a atuação positiva de acordo com a Constituição. A omissão na aplicação de normas constitucionais, quando a regra determina ação é, também, considerada uma conduta inconstitucional (SILVA, 1999, p. 48).

Lembra Ferreira Filho, que a verificação implica na observação de requisitos formais subjetivos, assim competência do editor; requisitos objetivos, como forma, prazos, rito quando da edição e requisitos substanciais, respeito à matéria constitucional (FERREIRA FILHO apud RAMOS, 1994, p. 17). Define-se, por fim, o controle da constitucionalidade:

[...] como o ato intelectual de submeter à verificação de compatibilidade normas de um determinado ordenamento jurídico [...] com os comandos do parâmetro constitucional em vigor, formal e materialmente [...]. (PALU, 1999, p. 59).

O controle da constitucionalidade pode ser político – quando a tarefa é de responsabilidade de um órgão político, como no controle parlamentar exercido pelo modelo inglês –, jurídico ou ter ambas as formas de controle. Não se olvide, também, da fórmula italiana, na qual o controle é exercido fora do sistema de poderes. A responsabilidade pelo controle jurisdicional da constitucionalidade pode estar centrada em órgãos com esta função específica – chamados Tribunais Constitucionais –, pode, também, estar disperso dentro do ordenamento, quando exercido pelo Poder Judiciário em todas as suas instâncias.

No que se refere ao momento em que tal ocorrerá poderá ser preventivo ou repressivo. Preventivo, ocorre antes de iniciar a vigência da norma, manifesta-se no processo de formação da lei. O controle repressivo pode ser alcançado sob cinco formas distintas, por via da ação direta, via da ação declaratória, por via da exceção, via incidental e via própria. Para exercer o controle discutido, exige o Ordenamento Jurídico instrumentos que, de qualquer maneira, mantenham a compatibilidade entre leis ou atos normativos e a Constituição.

Nesse contexto é que a Constituição Federal de 1988 construiu instrumentos que visam à eficácia e à aplicabilidade das normas de direito e as garantias fundamentais. São, pois, dentre outros, instrumentos da eficácia constitucional, o MI e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que diz respeito à “omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional”, conforme referido pelo artigo 103, § 2º da CF/88, e objetiva precipuamente defender a ordem constitucional. O MI refere-se à ausência de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, nos termos do artigo 5º, LXXI da CF/88.<sup>3</sup> Este é um mecanismo de defesa de um direito individual ou coletivo de fundamento constitucional, logo a legitimidade ativa é ampla, autorizando qualquer pessoa física ou jurídica que tenha direito individual ou coletivo constitucional a tutelá-lo.

A legitimidade ativa da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é limitada a determinadas pessoas físicas ou jurídicas, em função do papel institucional que desempenham; no que concerne aos seus efeitos, basicamente são declaratórios e mandamentais.<sup>4</sup>

A idéia central do instrumento do MI aparece inicialmente na *Bill of Rights*, posteriormente na Regra Federal n. 65 e no Regimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, itens 1 e 3 do artigo 31. No direito estadunidense, o *writ of injunction*, desempenha função de jurisdição de equidade, sendo esta uma forma significativa de solução dos litígios naquele país, tanto assim o é, que no passado juízos ordinários, nas *Courts of Equity*, cuidavam unicamente desses casos (ACKEL FILHO, 1988, p. 102).

Encontrou expressão maior na resolução de litígios trabalhistas, estendendo-se a atos governamentais e à proteção dos direitos constitucionais, nesse campo utilizado contra a discriminação racial e religiosa, bem como para assegurar a liberdade de reunião e palavra (SOUZA, 1998, p. 366). A *equity* do direito anglo-saxão surge no período da dinastia dos Tudors; as decisões dos Tribunais de Westminster deram desenvolvimento ao instrumento. A *equity* teve sua jurisdição limitada as *Court of*

*Chancery* até 1873, depois desta data a atribuição de “competência” passou a pertencer a *High Court of Justice*. O fundamento para aplicação estava no justo natural – princípios gerais do direito, costume, hábitos, tradição. O juiz elaborava a norma para proteção do direito (QUARESMA, 1995, p. 33-37).

No Brasil, a luta recente pela redemocratização gradativamente ganhou força; a primeira manifestação mais concreta ocorreu com as eleições para governadores em 1982 e, posteriormente, no primeiro semestre de 1984, com a campanha pelas eleições diretas. Contudo, o marco fundamental do processo de redemocratização apresenta-se firmemente assentado na promulgação da Constituição Federal de 1988, ficando clara a aspiração democrática dos novos elementos inseridos no ordenamento jurídico. Em linhas gerais, a CF/88 acaba por consagrar o Estado Democrático de Direito, em que este adquire *status* de instrumento de transformação social.

Nesse sentido, inegável é a contribuição teórica ofertada pelo direito estrangeiro, em que nitidamente os *writs* de proteção e garantia do exercício dos direitos constitucionais individuais ou coletivos são altamente desenvolvidos. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão do Ordenamento Jurídico português é lembrada, também, como instituto inspirador.

O MI apareceu nos trabalhos constituintes de 1987 como elemento processual para defesa do direito à educação, contudo, no decorrer dos trabalhos de discussão do processo constituinte, foram muitos os projetos, emendas e pareceres ampliando, restringindo ou adequando o remédio constitucional.<sup>5</sup>

#### **4 MANDADO DE INJUNÇÃO E SUA HERMENÊUTICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Depreende-se do texto normativo que o instrumento de injunção poderá ser utilizado quando ocorrer inviabilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, por inexistir norma regulamentadora. O pressuposto do MI será a omissão, o comportamento negativo do Poder Público que se abstém do dever jurídico de criar condições para tornar aplicável uma norma legal autorizante. Logo,

duas são as condições da ação, quais sejam, ausência de norma regulamentadora e a impossibilidade de dar efetividade aos direitos e liberdades constitucionais, bem como prerrogativas relacionadas à nacionalidade, à soberania e à cidadania.<sup>6</sup>

Contudo, a aparente singeleza esconde um dos institutos que mais tem induzido controvérsias doutrinárias – origem, aplicabilidade, limite e efeitos, são elementos de modo algum pacíficos. Arrola Pacheco, duas interpretações básicas no que diz respeito ao MI e a seus limites. A primeira inspirada no direito lusitano e tradicionalmente adotada, em que caberia ao Poder Judiciário somente advertir ao Legislativo e/ou Executivo sobre a omissão danosa. Tal construção é baseada na idéia de que ao Juiz somente seria dado aplicar a norma existente, nunca suprir uma inexistente, nem lhe seria permitido fazer às vezes de legislador. Considera impertinente, inclusive a fixação de prazo para que os poderes omissos dêem regulamentação às prerrogativas limitadas em seus exercícios. A segunda corrente entende que é obrigação do Estado propiciar os meios para que os cidadãos possam exercer os seus direitos e prerrogativas constitucionais, assim a omissão de algum poder que impede o exercício de um direito ou prerrogativa constitui-se numa irregularidade. Logo, pode o Juiz, a pedido da parte interessada, não determinar a regulamentação mediante advertência ou cominação dentro de certo prazo, mas sim suprir a lacuna legal, injungindo que se viabilizem os meios para cumprimento do direito ou prerrogativa. Pretende o MI, além dos efeitos declaratórios e mandamentais, dar efetividade ao direito do autor, prejudicado pela falta da norma regulamentadora, ao menos, “legislando” supletiva e provisoriamente para o caso posto em juízo (PACHECO, 1998, p. 368-369).

Na interpretação emprestada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao MI até o momento, podem ser observados alguns elementos de notória natureza limitativa, que implicam na desconstituição das características principais do instrumento.

Sua função inicial seria fazer valer o interesse do impetrante, qual seja, ver o direito ou prerrogativa constitucional viabilizados.

Mas a interpretação do Supremo Tribunal Federal tolheu essa função que lhe dava razão de existir, para considerá-lo mero meio de obtenção de declaração da inconstitucionalidade por omissão. (SILVA, 1999, p. 165-166).

Streck lembra que o STF contrariou importantes setores da doutrina ao afirmar, em sucessivos julgamentos, que o MI não autorizava ao Judiciário a elaboração de norma *tout court* (STRECK, 1999, p. 35).

A doutrina, contudo, não é unânime no sentido emprestado a norma constitucional, conforme já referido no tópico anterior. Para Quaresma, são três as posições mais significativas: a primeira, tese da subsidiariedade é aquela que entende que o Poder Judiciário, somente deve recomendar a regulamentação<sup>7</sup>; a segunda, da independência jurisdicional, o juiz teria liberdade para estabelecer o direito que deverá ser exercido e ordenar seu cumprimento; a última, tese resolutive, entende que o magistrado deve resolver o caso concreto, satisfazendo plenamente o direito do impetrante, independente de regulamentação.

O entendimento limitador dos efeitos da decisão em MI transmuda-o numa “ação direta de inconstitucionalidade por omissão subsidiária” – diferindo apenas pela ampliação na legitimidade do pólo ativo.<sup>8</sup> Entretanto, tal interpretação agride a sistemática constitucional que exatamente prevê mecanismos distintos para situações e soluções diversas.

Os tribunais têm demonstrado a completa falta de sensibilidade<sup>9</sup> em sede de MI, no atendimento, ao menos parcial, do direito reclamado, inviabilizado pela falta da norma regulamentadora. Algumas decisões do STF, ainda em 1991 e 1992, avançavam numa perspectiva inovadora; entretanto, a partir de 1994, a exegese levada a efeito representou um nítido retrocesso.

Algumas das transformações ocorridas modificaram completamente o objetivo pretendido pelo legislador quando da edição da norma; o STF passou a entender que havendo mora legislativa na edição de lei necessária ao gozo do direito, poderia ocorrer o deferimento parcial para estabelecimento de prazo para purgação da mora, subsistindo a mora, tem o STF facultado ao titular do direito obstado, a obtenção em juízo de sentença indenizada por eventuais perdas e danos.<sup>10</sup>

A interpretação adotada pelos tribunais tem outras particularidades, o que leva Clève a afirmar que ocorre uma ausência de “vontade constitucional”, que inibe as potencialidades do instituto, a doutrina temerária propõe implicitamente a destruição do modelo constitucional do Estado democrático (CLÈVE, 1999, p. 364). Nesse sentido, cabe fazer referência ao MI n. 494, em que a interpretação, de fato, manda o instrumento para vala comum ao considerar como faculdade do legislador a edição de norma regulamentadora.<sup>11</sup> Os desencontros constitucionais ainda apresentam questões aparentemente formais, invocadas pelos julgadores, como a alegação de que o texto constitucional objeto de injunção é auto-aplicável, ou que a invocação de legislação em vigor para efetivação do direito constitucionalmente previsto não regulamentado, daria ensejo ao não conhecimento da ação.<sup>12</sup>

Os tribunais superiores têm considerado, que se a regulamentação depende de aprovação de lei pelo Legislativo, não se inclui entre as atribuições do impetrado fazê-la, logo decretando a extinção por ilegitimidade passiva *ad causam*. Não se admite o instrumento quando o encargo regulamentador ou a iniciativa pertencer ao presidente da República.

Entretanto, em dezembro de 2006, o voto do ministro Marco Aurélio no MI n. 721/DF, de modo surpreendente, alterou de forma inicial o posicionamento da corte em relação à aplicação do instituto do MI. Neste, impetrado por servidora pública, pretendia-se a aplicação concreta do direito à aposentadoria especial prevista no artigo 40 § 4º da CF/88, em razão desta exercer, há vinte e cinco anos, a função de auxiliar de enfermagem em um ambiente insalubre, mesmo inexistindo, até hoje, a lei complementar que regulamente tal direito.<sup>13</sup>

Segundo Marco Aurélio, o instrumental constitucional, em decorrência de reclamações, consideradas as Constituições anteriores, nas quais direitos dependentes de regulamentação não eram passíveis de serem acionados, tem natureza mandamental e não simplesmente declaratória, no sentido da inércia legislativa. Assim, revela-se próprio, ao processo subjetivo e não ao objetivo, descabendo confundilo com Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, cujo rol de legitimados é apresentado pela Constituição Federal de 1988.

De acordo o Ministro, há de se conjugar o inciso LXXI do artigo 5º da CF/88 com o § 1º do mesmo artigo, a dispor que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais constantes da CF/88 têm aplicação imediata. A inserção do MI buscou tornar concreta, tornar viva a CF/88. Logo, para ele, não se há de confundir a atuação no julgamento do MI com atividade do legislador. “Ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas a nacionalidade, soberania e cidadania.”

Lembra o Ministro, que o pronunciamento judicial faz lei entre as partes como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito. Assim, salienta que é o momento de refletir sobre a timidez inicial do STF quanto ao alcance do MI, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os Poderes. É tempo, segundo Marco Aurélio, de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, resultando em algo que não interessa à prestação jurisdicional.

Segundo ele, o MI não é impetrado para obter certidão da omissão de parte dos responsáveis pela regulamentação do direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes a nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se que a supremacia da CF/88 se manifeste e que a prestação jurisdicional afaste as nefastas conseqüências da inércia do legislador.

Marco Aurélio conclamou o STF a rever a idéia inicialmente formalizada, entendendo que, mesmo assim, ficará aquém da atuação dos tribunais trabalhistas nos dissídios coletivos; a eles a CF/88 reserva, até mesmo, a atuação legiferante, desde que sejam respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho.

No caso, a dificuldade não é maior, porquanto é possível adotar-se, ante o fator tempo e à situação concreta da impetrante, o sistema revelado pelo regime geral de previdência social.<sup>14</sup> A impetrante conta com vinte e cinco anos de serviços prestados, aten-

dendo à dilação maior prevista na Lei nº 8.213/91. Assim, o Ministro apresentou voto, julgando parcialmente procedente o pedido formulado para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à aposentadoria especial de que cogita o § 4º do artigo 40 da CF/88.

## 5 CONCLUSÃO

O que se depreende da jurisprudência dos tribunais superiores é a tendência já comentada pela doutrina, do esvaziamento do instrumento para modificar seu escopo. Obviamente que o MI representa um avanço significativo dentro do Ordenamento Jurídico, ocorre que a prática dos tribunais não conseguiu dar efetividade plena ao instituto, malogrando, assim, as expectativas sociais.

É lugar comum a afirmação de que a dogmática jurídica conservadora não consegue tutelar os pedidos da coletividade – abismo existente entre a sociedade e o direito. Do mesmo modo, é lugar comum tecer considerações sobre a vinculação das decisões dos tribunais superiores à interpretação oficial, contudo, o aspecto mais significativo é a hermenêutica emprestada ao instituto estudado.

Obviamente que a neutralidade, a imparcialidade, a vinculação a lei, a certeza, são dogmas há muito superados pela doutrina crítica, porém ainda servem de escudo protetor contra a incapacidade do judiciário de dar aos instrumentos constitucionais eficácia social. Outros fenômenos como da fetichização do discurso jurídico – lei isolada do meio que a concebeu –, sentido comum histórico dos juristas, acrescido das posturas neoliberais – no que se refere à minimização das funções Estatais, são fatores que, isolada ou conjuntamente impedem a produção de uma hermenêutica<sup>15</sup> moderna que recepcione a viragem lingüística, interpretando a Constituição, conforme o espírito social que a conformou, evitando a crise da legalidade instalada em face da não-efetividade do texto Constitucional. Impedem, já que omitem ou negam o fato de que as funções a que o Direito positivado se propõe só podem ser compreendidas, se observadas à luz da sociedade que a gerou.

É de se concluir que as enunciações são fórmulas num contexto de ação fora do qual perdem qualquer substância; quando separamos a enunciação do contexto da ação que a torna efetiva, substituímos tão somente um jogo de linguagem por outro. (LEAL, 1998, p. 74-94).

A filosofia da linguagem recepcionou este entendimento. Tendo sido superado o modelo da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, e neste ocorrido uma nova concepção na formação do sentido; assim não pode mais ser pensado como algo que uma consciência produz para si, independente de um processo de comunicação, já que todos estão em uma comunidade lingüística de sujeitos em interação (STRECK, 1999, p. 41-50). Direito ante de mais nada é linguagem<sup>16</sup> e como tal, deve atentar para a superação de alguns domínios, como a tese heideggeriana da “morte do sujeito”.

Porém, para os tribunais – a generalização é perigosa, mas o senso comum é de fato regra – tudo se mantém dentro de uma tranqüilidade. Obviamente que dentro do contexto apresentado, fica clara a ausência de uma vinculação entre a interpretação e o anseio social – de modo geral, observado como ele-

mento prejudicial à “segurança jurídica”. Não estaria a invocada segurança jurídica absolutamente abalada em face da não-efetividade ocasional da própria norma constitucional?

Lembra Azevedo que:

[...] toda e qualquer interpretação do direito em geral, e da hermenêutica em particular, que não deite raízes nas necessidades sociais, revela-se inconsistente e insuficiente, por maior que seja o engenho, o rigor lógico ou o grau de abstração que alcance. (AZEVEDO, 1989, p. 15).

Entretanto, vislumbra-se uma possibilidade concreta de alteração deste panorama. O voto pioneiro do ministro Marco Aurélio no MI n. 721/DF pode trazer uma nova leitura para o reprimido instituto discutido. O precedente demonstra, ao menos em tese, a vontade do STF de alterar seu posicionamento quanto ao tema, justamente por ter percebido, nas palavras do Ministro, a frustração gerada pela postura inicial do tribunal, que transformou o MI em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que é inadequado à prestação jurisdicional.

### ***Writ of Injunction and Constitutional Hermeneutics: old and new readings***

#### ***Abstract***

*A Writ of Injunction shall be granted whenever the absence of a regulatory provision disables the exercise of constitutional rights and liberties, as well as the prerogatives inherent to nationality, sovereignty and citizenship. Notwithstanding the injunction, hasn't been applied by the brazilian's courts. The*

*current article presents some characteristics of the Writ of Injunction giving special attention to the interpretation established by the courts for the legal institute.*

*Keywords: Writ of Injunction. Constitutional Hermeneutics.*

#### **Notas explicativas**

<sup>1</sup> Para uma interpretação atual e afastada do convencionalismo ver: Canotilho (2006).

<sup>2</sup> A técnica de atribuir à Constituição um valor normativo superior, imune às leis ordinárias, foi a mais importante criação, juntamente com o sistema federal, do constitucionalismo estadunidense – grande inovação ante a tradição inglesa da soberania do Parlamento (PALU, 1999, p. 103).

<sup>3</sup> No MI 725/RO o STF, por maioria, não conheceu de MI impetrado pelo Município de Nova Brasilândia do Oeste/RO. Este alegava omissão referente à lei complementar federal prevista no § 4º do artigo 18 da CF/88. O MI há de ter por objeto o não-cumprimento de dever constitucional de legislar que, de alguma forma, afete direitos constitucionalmente assegurados. Portanto, possuem legitimação ativa os titulares de direitos subjetivos constitucionais relacionados às liberdades fundamentais, à nacionalidade, à soberania ou à cidadania. Além das limitações na própria norma que estabelece os requisitos para criação, fusão, desmembramento e incorporação de Município. (STF – MI – 725 – RO. Rel. Min. Gilmar Mendes, 10.05.2007).

<sup>4</sup> A distinção principal entre o MI e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, é que nesta a ausência de ação é teoricamente considerada, se demonstra a irregularidade, já naquela, o que se busca é o preenchimento da lacuna na relação individualizada, numa relação jurídico-processual concreta.



- <sup>5</sup> Alguns dos constituintes que contribuíram para a elaboração da norma e para construção das suas características: Ruy Barcelar, Virgílio Távora, Bernardo Cabral, Darcy Pozza, José Paulo Bisol, Fernando Henrique Cardoso, além dos membros da Comissão Afonso Arinos. O texto final do *writ* foi incluído no Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu Capítulo I, dos Direitos e Deveres individuais e coletivos, com o seguinte conteúdo: “Art. 5.º [...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”
- <sup>6</sup> “Paralelamente, as normas do ordenamento jurídico, estruturado sobre a base da Constituição, devem tornar-se eficazes. No fundo, deve-se concretizar e realizar o direito para o qual a lei e os demais atos de idêntica natureza constituem meros instrumentos ou meios de revelação normativa, cuja falta não pode impedir a plena eficácia daquele, sob pena de lesão, motivo por que cabe ao Judiciário, atentando aos fins sociais e às exigências do bem comum (artigo 4º. da Lei de Introdução), recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais, para fazer prevalecer o que a Constituição determinar.” (PACHECO, 1998, p. 370).
- <sup>7</sup> “ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ART. 102, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – DECRETO ESTADUAL DE INTERVENÇÃO EM MUNICÍPIO – ARTS. 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL E ART. 126 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – 1. O § 1º do artigo 102 da Constituição Federal de 1988 é bastante claro, ao dispor: “a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. 2. Vale dizer, enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o STF não pode apreciá-la [...] Em outras palavras: trata-se de competência cujo exercício ainda depende de Lei. 4. Também não compete ao STF elaborar Lei a respeito, pois essa é missão do Poder Legislativo (arts. 48 e seguintes da CF). 5. E nem se trata aqui de Mandado de Injunção, mediante o qual se pretenda compelir o Congresso Nacional a elaborar a Lei de que trata o § 1º do artigo 102, se é que se pode sustentar o cabimento dessa espécie de ação, com base no artigo 5º, inciso LXXI, visando a tal resultado, não estando, porém, *sub judice*, no feito, essa questão. 6. Não incide, no caso, o disposto no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual “quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, para resolver lide ‘inter partes’. Tal norma não se sobrepõe à constitucional, que, para a argüição de descumprimento de preceito fundamental dela decorrente, perante o STF, exige Lei formal, não autorizando, à sua falta, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito. [...]” (STF – AgRg em Petição 1.140-7 – TO – Plenário – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU 31.05.1996) “MANDADO DE INJUNÇÃO: AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO AO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL PREVISTO NO ART. 7º, XXI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Mora legislativa: critério objetivo de sua verificação: procedência, para declarar a mora e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que a supra. O Tribunal, à unanimidade e nos termos do voto do Relator, deferiu o pedido.” (STF – MI 695 – MA. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 01/03/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 20-04-2007 PP-00087).
- <sup>8</sup> “FUNCIONÁRIO PÚBLICO – ISONOMIA – IMPOSSIBILIDADE JUDICIAL – O artigo 39, § 1º, da Constituição Federal prevê a isonomia de vencimentos entre funções assemelhadas do mesmo Poder ou entre Poderes, entretanto, o referido dispositivo constitucional é claro quando afirma que “...A LEI PROMOVERÁ a isonomia...”, e não que “O judiciário promoverá...”. Trata-se, portanto, de princípio constitucional programático, inaplicável automaticamente, mas à espera de lei que o cumpra e, se tal lei não vem, a própria Constituição fornece os meios para que os interessados busquem seus direitos, eis que para tal criou o “mandado de injunção”. O que não se permite é que o Judiciário, usurpando a competência legislativa, aumente os salários ou vantagens de servidor público fulcrado em isonomia.” (TRT 24ª R. – Ac. 0000617/95 – RO 0000956/93 – Rel. Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior – DJMS 21.03.1995, p. 00040).
- <sup>9</sup> “MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA JURÍDICA – TAXA DE JUROS REAIS (CF, ART. 192, § 3º) – OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL – FIXAÇÃO DE PRAZO PARA LEGISLAR – DESCABIMENTO, NO CASO – WRIT DEFERIDO EM PARTE [...] O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional da Lei Fundamental da República, ao mesmo tempo em que, estimulando gravemente a erosão da consciência constitucional, evidencia o inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelos poderes do Estado. O inadimplemento do dever constitucional de legislar, quando configure causa inviabilizadora do exercício de liberdades, prerrogativas e direitos proclamados pela própria Constituição, justifica a utilização do mandado de injunção. Não se revela cabível a estipulação de prazo para o Congresso Nacional suprir a omissão em que ele próprio incidiu na regulamentação da norma inscrita no artigo 192, § 3º, da Carta Política, eis que essa providência excepcional só se justificaria se o próprio Poder Público, para além do seu dever de editar o provimento normativo faltante, fosse, também, o sujeito passivo da relação de direito material emergente do preceito constitucional em questão precedente.” (STF – MI 496-0 – TP – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 28.11.1997).
- <sup>10</sup> “MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA JURÍDICA – FUNÇÃO PROCESSUAL – ADCT, ART. 8º, § 3º (PORTARIAS RESERVADAS DO 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 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 artigo 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. [...] 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. [...] O novo “writ” constitucional, consagrado pelo artigo 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 presta-

ção legislativa reclamada – e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 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.” (STF – MI 284 – DF – TP – Rel. p/ o Ac. Min. Celso de Mello – DJU 26.06.1992).

- <sup>11</sup> MANDADO DE INJUNÇÃO – SERVIDORES DA FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO – APOSENTADORIA ESPECIAL – ATIVIDADES INSALUBRES OU PERIGOSAS – ARTIGOS 5º, INC. LXXI, E 40, § 1º, DA CF DE 1988 – 1. O § 1º do artigo 40 da CF apenas faculta ao legislador, mediante lei complementar, estabelecer exceções ao disposto no inciso III, a e c, ou seja, instituir outras hipóteses de aposentadoria especial, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. 2. Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitucional já criado, e cujo exercício esteja dependendo de norma regulamentadora. 3. Descabimento do Mandado de Injunção, por falta de possibilidade jurídica do pedido, em face do disposto no inc. LXXI do artigo 5º da CF, segundo o qual somente é de ser concedido mandado de injunção quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. 4. Inexistindo, ainda, no ordenamento constitucional, o pretendido direito, não é o Mandado de Injunção o instrumento adequado para possibilitar sua criação. 5. Precedentes do STF. 6. Questão de ordem que o Plenário resolve, não conhecendo do Mandado de Injunção, pela impossibilidade jurídica do pedido. (STF – MI 494 – TP – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU 12.12.1997).
- <sup>12</sup> MANDADO DE INJUNÇÃO – PENSIONISTAS DE MILITARES – C.F., ART. 40, § 5º, ART. 42, § 10 – PENSÃO INTEGRAL – AUTO-APLICABILIDADE DO PAR. 5º DO ART. 40 – LEI 8.112.90, ARTIGOS 215 E 42 – I. O mandado de injunção tem por finalidade viabilizar o exercício de direito concedido pela Constituição e cujo exercício é inviável em razão da ausência de norma infraconstitucional regulamentadora. CF, artigo 5º, LXXI. II. Estabelecendo o § 5º do artigo 40 que a pensão corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, segue-se a impossibilidade de uma lei dispor a respeito de um limite que esteja abaixo da totalidade referida. A frase, posta no citado § 5º do artigo 40 – “até o limite estabelecido em lei” – deve ser entendida da seguinte forma: observado o limite posto em lei a respeito da remuneração dos servidores públicos, vale dizer, a lei referida no inc. XI do artigo 37 da Constituição, lei já existente, Lei nº 8.112, de 11.12.90, artigos 215 e 42. III. Aplicabilidade às pensionistas de militares, “ex vi” do disposto no § 10 do artigo 42 da Constituição. IV. – Precedente: MI 211-DF. V. – Mandado de injunção não conhecido, dado que o exercício do direito das pensionistas não necessita, para ser viabilizado, de lei regulamentadora. (STF – MI 152 – DF – TP – Rel. p/ o Ac. Min. Carlos Velloso – DJU 18.03.1994).
- <sup>13</sup> (STF – MI 721 –DF – Número: 48389. Rel. Min. Marco Aurélio, 27.09.2006).
- <sup>14</sup> O artigo 57 da Lei nº 8.213/91, dispõe que: A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. § 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no artigo 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.
- <sup>15</sup> “De certo modo, tudo no direito se refere à interpretação. Elaboram-se leis para serem aplicadas à vida social e não há aplicação sem prévia interpretação. E a interpretação, que não é só das leis em sentido amplo, mas também dos fatos, sofre decisiva influência dos pressupostos em que se apóia.” (AZEVEDO, 1989, p. 14).
- <sup>16</sup> “[...] o Direito é linguagem e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o Direito o é numa linguagem e como linguagem, propõe-se sê-lo numa linguagem e atinge-nos através dessa linguagem, que é.” (NEVES apud STRECK, 1998, p. 48).

## REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais**: “habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”. São Paulo: Saraiva, 1988.

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica a dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brancosos” e Interconstitucionalidade**. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

CLEVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GIDDENS, Anthony. **Política, sociologia e teoria social**: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. São Paulo: Unesp, 1998.
- LEAL, Rogério. Breves considerações críticas à hermenêutica jurídica e aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito no Brasil. **Seqüência**, Florianópolis, n. 37, p. 74-94, dez. 1998.
- PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- QUARESMA, Regina. **O mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por omissão**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Controle de constitucionalidade por via da ação**. São Paulo: Angelotti, 1994.
- SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SOUZA, Nelson Oscar de. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

