

O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional

PAULO LOPO SARAIVA

Professor de Direito Constitucional na UFRN.
Doutor em Direito Constitucional pela PUC
São Paulo

SUMÁRIO

- I — Introdução.*
 - II — O mandado de injunção da Constituição brasileira de 1988.*
 - III — Processo constitucional.*
 - IV — A justiça constitucional no Brasil e no Direito Comparado.*
 - V — Conclusão.*
- Bibliografia*

I — Introdução

A Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, abriu novas e importantes perspectivas no campo dos direitos e garantias constitucionais.

Afeitos a um processo individualístico, que ainda marca a nossa vida jurídica, os constituintes de 1987/88 introduziram conquistas inovadoras, que, se bem implementadas, contribuirão para o exercício da cidadania, no Brasil.

Dentre os novos institutos, destacamos o mandado de injunção, como instrumento coibitivo da inércia legislativa, nas várias esferas do poder.

Tese aprovada, por unanimidade, no XV Congresso Nacional de Procuradores de Estado, Natal — RN, outubro de 1989.

Todos sabemos que a teoria da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, no Ocidente, foi obra da engenhosidade dos autores italianos.

As sociedades capitalistas, impossibilitadas de concretizar os direitos sociais, no plano sócio-econômico, apelaram para o ordenamento jurídico, buscando nele aquilo que não puderam encontrar na estrutura dos reais fatores do poder.

Esse esquema transacional constituiu-se no *modus faciendi* da nova concepção das normas constitucionais, no que respeita à sua efetivação.

Nasceram daí as já conhecidas normas programáticas, verdadeiros obstáculos ao efetivo cumprimento dos textos constitucionais, mormente aqueles que manifestam os direitos coletivos.

A Constituição Federal, em vigor, não fugiu a essa regra liberal — burguesa de normatização, produto, como foi, de um amplo acordo político, que reuniu — *ipso tempore* — lideranças ou pseudolideranças do índio ao cardeal.

O mandado de injunção, de conseguinte, é consectário das normas programáticas, que é quase a única razão de sua existência.

Mas, como veremos, ao longo deste trabalho, não basta enunciar institutos constitucionais, para defesa dos direitos; é preciso muito mais: faz-se mister a sua densificação, como afirma GOMES CANOTILHO, do contrário, serão letra morta ou fazem parte integrante daquela Constituição a que se referiu LASSALE: uma folha de papel.

Faremos a análise do mandado de injunção no ordenamento constitucional brasileiro, demonstrando a necessidade do reconhecimento de um processo constitucional, bem assim da implantação de uma justiça constitucional.

II — O mandado de injunção na Constituição brasileira de 1988

A pioneira sugestão sobre esse instituto, apresentada, no limiar das atividades constituintes, em 27 de março de 1987, é de autoria do saudoso Senador VIRGÍLIO TÁVORA e seu filho Deputado CARLOS VIRGÍLIO e estava assim grafada:

“Sugestão n.º 155-4

Inclua-se no Capítulo dos Direitos e Garantias Constitucionais:

Art. Sempre que se caracterizar inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á “mandado de injunção”, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança.”

O autor da proposta, na sua justificativa, lembra que apresentara outra sugestão complementar, para ser inserida nas Disposições Gerais e Transitórias, qual seja:

“A na edição de ato ou normas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, visando a implementar esta Constituição, implica inconstitucionalidade por omissão.”

E conclui:

“A essa previsão normativa nós aditamos a presente sugestão de norma constitucional que tem por escopo efetivá-la.”

Vê-se, claramente, que a proposta do senador cearense era simples, como simples ele sempre foi e objetivava coibir a inconstitucionalidade por omissão, pela via de uma ação constitucional denominada “mandado de injunção”.

Ainda, em 1982, quando defendemos tese de doutorado na PUC-SP, que depois se transformou em livro publicado, em 1983, pela Editora Forense, sob título *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*, analisando, de modo pioneiro, o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão (*op. cit.*, págs. 77/84), sugerimos, como conclusão dessa tese, aprovada pela banca examinadora da PUC-SP, a criação do mandado de garantia social, para eficácia dos *jus laborandi* e *jus habitandi*.

Como assessor parlamentar acompanhamos todo o processo constituinte, colaborando na elaboração do texto, através de assessoramento a parlamentares de diversas regiões do País.

Surpreendemo-nos ao constatar que a Assembléia Nacional Constituinte ficou muito aquém da nossa tese sobre o *mandado de garantia social*.

Confortamo-nos, no entanto, ao ver consagrado no arcabouço da Carta Magna o mandado de injunção, como instrumento capaz de provocar, quando necessário, o implemento da norma constitucional.

Outro aspecto que merece comentários é a denominação do instituto: mandado de injunção.

Sempre resistimos ao termo “injunção”, pois sabíamos que sua adoção conduziria os comentaristas para o direito anglo-saxônico.

Segundo podemos confirmar, na Assessoria do Senado, em que foram elaboradas as sugestões iniciais do mandado de injunção, a palavra “injunção” surge por cópia, pura e simples, da nomenclatura contida no direito anglo-americano, portanto, sem nenhuma cientificidade.

Destarte, é lícito afirmar que a palavra injunção, pleonástica, sem a menor dúvida, surge na nova Constituição por aquilo que chamamos de “acidente vocabular”.

Fomos contrários, sempre, a essa adjectivação. Formulamos emendas corretivas, substituindo “injunção” por “concretização”, por achar que esta última palavra é mais inteligível e, por conseguinte, mais consentânea com o nosso processo de comunicação popular.

Debalde foram os nossos esforços, de vez que o Relator-Geral houve por bem (ou mal) não aceitar a modificação vernacular, alegando que a palavra “injunção” já se consagrara no processo constituinte.

Como estava previsto, há muitos autores desavisados gastando “seu inglês” com o mandado de injunção, quando, na verdade, a ação injuntiva brasileira nada tem de ligação com o *writ of injunction*. Nem na origem. Nem no conteúdo. Nem na forma. Nem no nome. Repetimos: a palavra “injunção” é “um acidente vocabular”.

O Senador RUY BACELAR, representante da Bahia, referindo-se ao significado da expressão “mandado de injunção”, afirma:

“Mandado de injunção” seria, pois, expressão pleonástica. Apesar da evidência, preferiu-se manter a expressão, criando-se uma nova garantia, ao invés de ampliar a abrangência do “mandado de segurança.”

Outras denominações foram, também, afastadas. Surgiu, assim, o “mandado de injunção”, visando a conferir eficácia aos direitos consagrados na Constituição. E arremata:

“O certo é que o “mandado de injunção” surge, no direito brasileiro, com feições próprias que o distinguem de todas as outras garantias, seja no direito pátrio, seja em outras legislações” (*O Mandado de Injunção*, Senado Federal, Brasília, 1988, pág. 11).

De outra parte, a Assessoria Legislativa do Senado Federal, que teve acentuada participação na formulação dessa garantia, tentou retirar do texto a palavra “injunção”, o que não mais conseguiu.

O juiz do Tribunal Regional Federal, da 1.^a Região, ADHEMAR FERREIRA MACIEL, acerca da matéria é categórico:

“Como acabamos de demonstrar, o mandado de injunção, pelo menos, historicamente, foi buscado no direito constitucional português. Nosso mandado de segurança, este sim, foi indiretamente inspirado nos *writs of injunction* e *mandamus* norte-americanos, os quais serviram de modelo ao juízo de amparo mexicano. E o juízo de amparo, por sua vez, foi objeto de estudo por parte de nossos constituintes de 1934, quando da criação do mandado de segurança” (*Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão*, *Revista de Informação Legislativa* — Senado Federal, n.º 101, pág. 132)

É de se lamentar que, por erro de vernáculo, tenhamos que aturar os analistas do direito anglo-saxônico, quando, deveras, o nosso mandado de injunção tem origem lusitana (inconstitucionalidade por omissão) e jamais imiscuiu-se com qualquer instituto inglês, americano, alemão ou de outra nacionalidade que não a portuguesa.

A teimosia e a incultura constitucional conduzem, inevitavelmente, a esse tipo de despautério.

O mandado de injunção, consagrado pelo art. 5.º, LXXI (o algarismo romano é para dificultar), é instituto brasileiro.

II — A — O mandado de injunção — aplicabilidade e eficácia

O art. 5.º, inciso LXXI, da CF, dispõe:

“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.”

O exame do dispositivo constitucional remete-nos à conscientização do que seja o núcleo dessa norma: a omissão legislativa.

Toda vez que essa omissão torne inexecutável o direito inserto na Constituição, impõe-se a ordem para complementação do texto, por meio do mandado de injunção.

Perguntar-se-á: mas que são direitos e liberdades constitucionais? Que são prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania?

Essas premissas terão de ser nitidamente identificadas, sob pena de inaplicabilidade do avançado instituto.

A nosso ver, a primeira conceituação deve voltar-se para o elenco dos “direitos fundamentais”.

Sem a consciência do que sejam esses direitos, no ordenamento jurídico, parece difícil um encaminhamento correto do problema.

Para nós, os direitos fundamentais são aqueles que manifestam as condições básicas da pessoa humana. São eles: *o direito à vida, à liberdade, à igualdade, ao emprego, ao salário, à moradia condigna, à participação política.*

Os direitos fundamentais contêm os direitos individuais, políticos e sociais.

Ora, se o mandado de injunção trata dos direitos e liberdades constitucionais e, ainda, do exercício das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, abarca, por conseguinte, todo o contexto jurídico-constitucional.

Constata-se, de logo, que a enunciação do instituto é mais abstrativa que concreta, mais teórica que prática, mais literária que cotidiana.

OCTAVIO PAZ, citado por Adhemar Ferreira Maciel, assevera:

“A revolução norte-americana fundou uma nação; a francesa renovou a sociedade; as revoluções da América Latina fracassaram em um dos seus objetivos centrais: a modernização política, social e econômica.”

E conclui o já aludido magistrado:

“Na América Latina, de um modo geral, os movimentos “adotaram” e “não adaptaram” os programas alheios. Quase tudo fica no papel.” (*Op. cit.* pág. 116).

E lembrando Pontes de Miranda, proclama o membro do tribunal regional federal, acima mencionado:

“A primeira condição para se interpretar proveitosamente uma lei é a simpatia. Com a antipatia não se interpreta, ataca-se. Assim, os juizes, para que também cumpram o papel que a Constituição nova lhes dá e o povo muito deles espera, têm de agir como autênticos integrantes de um “poder”, isto é, têm que agir com independência, com a única preocupação de propiciar a estabilidade social. Se nós, juizes, não nos conscientizarmos de nossa importância, corremos o risco de fracassar e, em decorrência, deitar a perder o que se acha na Constituição à espera de fecundação e vida.” (*Op. cit.*, pág. 117.)

Os constituintes, propositalmente ou não, confundiram a inconstitucionalidade por omissão com o mandado de injunção, quando esse, na versão original, seria o remédio para coibir aquele tipo de inconstitucionalidade.

Essa confusão aumenta, mais ainda, quando sabemos que existe a “arguição de descumprimento de preceito fundamental” (parágrafo único do art. 102-CF) e a garantia de imediatidade na aplicação das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (§ 1.º do art. 5.º, CF).

Como se não bastasse tudo isso, a norma do art. 5.º, LXXI, não definiu o rito processual do mandado de injunção, o que provocou o entendimento de alguns doutrinadores de que haveria necessidade da edição de lei para processamento do instituto.

Todas essas manobras jurídico-legais atestam o ínfimo grau de praticidade de que eram portadores os constituintes de 1987/88, muitos dos quais verdadeiros “sonâmbulos”, pois aprovaram o que depois desconhecem.

II — B — O mandado de injunção é de aplicação imediata

Enganam-se os que defendem a tese de que há necessidade de uma legislação ordinária para a implementação injuntiva.

Em verdade, o erro técnico jurídico-constitucional dos constituintes brasileiros não deverá causar prejuízo a milhões de pessoas.

Com pesar, dizemos que “a Constituição Coragem” dos discursos retóricos, terminou, por má interpretação de suas regras, vitimando três trabalhadores em Volta Redonda, no ano passado.

No final do processo, os constituintes abandonaram a sábia redação do senador gaúcho José Paulo Bisol, relator da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, assim posta:

Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual do Mandado de Segurança, sempre que a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania (grifos propositais).

CELSO BASTOS, em trabalho sobre o tema, indica a existência de três correntes doutrinárias interpretativas dessa norma constitucional. Observa o constitucionalista de São Paulo:

“A primeira entende que o juiz deverá expedir uma recomendação para a autoridade competente — do Poder Legislativo ou Executivo para que elabore a legislação regulamentadora. A segunda afirma que o Juiz deve estabelecer o modo como o direito deve ser exercido e ordenar o seu cumprimento. E, a última, diz que o Juiz deve resolver o caso concreto.”

A maioria dos constitucionalistas pátrios advoga a idéia de que o mandado injuntivo tem aplicação imediata, de vez que foi essa a *mens constitutionis*.

Oportuna e conveniente é a lição de J.J. CALMON DE PASSOS, no seu já clássico *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção — Habeas Data — Constituição e Processo*, Editora Forense, que assim se manifesta sobre a matéria em foco:

Todas essas prescrições, por força do mandamento inscrito no § 1.º, do art. 5.º da CF (tecnicamente mal situado), são de aplicação imediata, o que equivale a dizer aptas a constituírem, concretamente, situações pessoais configuradoras de direitos subjetivos, públicos ou privados. (Op. cit., pág. 108). (Grifos nossos)

E mais, à frente, elucida esta questão:

Deve-se atentar, contudo, para uma particularidade da maior relevância. A Constituição de 1988 não inaugura, a partir do nada, uma ordem jurídica para o Brasil. Havia uma ordem jurídica,

que sobreviveu à Constituição de 1988, apenas devendo a ela se amoldar, no que se mostrar incompatível. Assim sendo, toda a legislação ordinária e complementar, vigente em 5 de outubro de 1988, permanece válida e vigente, devendo incidir nas situações concretas, para discipliná-las, se não incompatíveis com a Carta Magna. Por conseguinte, muito preceito constitucional dispõe, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, de normas disciplinadoras de sua aplicação, que devem ser invocadas para resolução dos litígios que, se forem configurados, inclusive se faz viável a aplicação analógica de dispositivos vigentes para disciplinar situações novas que comportem a equiparação. (Op. cit., pp. 109/110) (grifos nossos).

De fato, não adiantaria instituir um remédio constitucional, capaz de dar efetividade à norma, se esse não tivesse pronta concretização.

II — C — A inconstitucionalidade por omissão

A Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, consagrou a inconstitucionalidade por omissão (§ 2.º, do art. 103-CF).

Essa figura, como afirma Jorge Miranda, não é nova, nem na teoria constitucional, nem no direito comparado.

Apareceu nas Constituições liberais do século XIX e tem sido utilizada sobejamente nas Constituições programáticas do século XX.

Esse tipo de inconstitucionalidade vincula-se às normas de caráter programático.

Após a Revolução comunista de 1917, as estruturas jurídico-constitucionais passaram por mudanças profundas, de forma e conteúdo.

As Constituições de índole socialista iniciaram um modo novo de normatização dos direitos sociais.

Além da simples enunciação, conferiram-lhes meios de concretização.

As Constituições capitalistas, *verbi gratia* — a da Itália, inauguraram a gradação para aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, através da doutrina, o que implicou no surgimento das chamadas normas programáticas, ou seja, aquelas normas que não têm eficácia imediata e necessitam de outras para sua total implementação.

No caso brasileiro, essa novidade constitucional apareceu com o advento da Constituição de 1934, pois foi a partir dela que houve a inserção de um capítulo sobre a ordem econômica e social, no texto da Lei Maior.

O conceito de inconstitucionalidade por omissão, entre nós, ainda está confuso. Há dois institutos constitucionais para o trato desse assunto: a própria inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Somente a doutrina e a jurisprudência clarificarão, ao longo do tempo, essas duas realidades.

No campo prático, podemos adiantar algumas idéias.

Em princípio, a inconstitucionalidade por omissão está prevista pelo § 2.º do art. 103 da Constituição Federal.

Tal dispositivo refere-se à inconstitucionalidade na esfera judicial e administrativa. Na esfera judicial, prevê a apreciação da inconstitucionalidade por omissão, *em tese*, como ocorre com a inconstitucionalidade por ação.

O art. 103 (*caput*) elenca os autores desse tipo de ação: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembléia Legislativa; o Governador do Estado; o Procurador-Geral da República (antes ele era exclusivo); o Conselho Federal da OAB; partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A competência é precedente e originária do Supremo Tribunal Federal, à vista de tratar-se de regulamentação da norma constitucional de responsabilidade do Congresso Nacional. Mas essa competência haverá de verticalizar-se nos outros ramos do Poder Judiciário.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal julga o mandado de injunção nas hipóteses da letra "q", do inciso I, do art. 102, da CF e do § 2º, do art. 103, da CF.

Como dissemos no livro *As garantias constitucionais dos direitos sociais no Brasil*, quando, pioneiramente, abordamos esse tema, no Brasil, a inconstitucionalidade por omissão origina-se modernamente da Constituição portuguesa de 1976, revisada em 1983 e 1989. É um instituto que marca o progresso do direito constitucional contemporâneo.

Para sua aplicabilidade, eficácia e vigência, muito há que se esperar da Magistratura nacional, pois só ela, através de decisões judiciosas, por vezes corajosas e progressistas, vivificará a prescrição constitucional, para cuja clarividência muito ainda se terá que fazer.

II — D — Cabimento do mandado de injunção

Um dos pontos mais polêmicos com referência ao mandado de injunção é o do seu cabimento.

Como dissemos, alhures, há três institutos, no ordenamento constitucional brasileiro para tratar da omissão ou inércia legislativa.

O mandado de injunção, a inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (parágrafo único do art. 102 da CF).

Anote-se, por oportuno e conveniente, a disposição do § 1.º do art. 5.º da CF, que determina a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Os limites deste trabalho não permitem um estudo comparativo aprofundado dos três institutos.

Reter-nos-emos na análise da implementação do mandado injuntivo como instrumento individual de exigência da regulamentação das normas que viabilizam o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Com efeito, a diferença básica entre o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão cifra-se em que esta é exercitada por meio de uma ação direta perante, em princípio, o Supremo Tribunal Federal (art. 103-CF), portanto, no âmbito do controle direto da constitucionalidade das leis; e aquele é remédio jurídico-constitucional, acionável pelo indivíduo ou pelo grupo, para tornar viável norma que garanta direito fundamental, constitucional e legal.

Se é amplo o campo do sujeito ativo, também deve sê-lo o do sujeito passivo.

Nesta linha de raciocínio, entendemos que tem cabimento o mandado de injunção contra órgãos da administração direta e indireta e até de pessoas de direito privado, como a Caixa Econômica Federal, a PETROBRÁS, o Banco do Brasil etc, desde que se enquadrem no modelo previsto pela Constituição, ou seja, dependa dessas pessoas a regulamentação de norma que possibilite o exercício dos direitos, garantias e prerrogativas enunciados pela Carta Magna.

III — O processo constitucional

O exame das novas garantias constitucionais conduz-nos ao trinômio: direitos fundamentais, processo constitucional e justiça constitucional.

A experiência do direito comparado tem comprovado que, sem um processo constitucional, vivenciado perante uma injustiça constitucional, é impossível a concretização dos instrumentos garantidores dos direitos e ações constitucionais, *verbi gratia*, os direitos sociais (arts. 6.º e 7.º-CF).

Por esta razão, decidimos analisar, embora sinteticamente, a necessidade de instituição, entre nós, do processo constitucional, na linha progressista em que é utilizado na Europa, Estados Unidos da América e em outros países.

GONZALES DELEITO, no seu livro *Tribunales constitucionales, organización y funcionamiento*, Editora Tecno, Madrid, 1980, conceitua o direito processual constitucional como o ramo do direito processual que estuda e regula as questões derivadas da inconstitucionalidade das leis,

das violações e dos conflitos propriamente constitucionais entre os altos poderes do Estado, entre estes e as comunidades autônomas, ou entre estas (*op. cit.*, pág. 11).

Lembra o professor espanhol que, segundo Alcalá-Zamora, Hans Kelsen é o fundador deste ramo processual.

De outro ponto, como Kelsen disse, a justiça é o exercício do poder. E, em todo exercício de poder, há sempre uma atividade ou função política, o que, sem dúvida, não faltaria ao processo que interpreta e aplica os princípios e normas constitucionais.

GOMES CANOTILHO, da Universidade de Coimbra, um dos mais eficientes estudiosos deste tema, preleciona.

“Qualquer que seja a “ética processual” subjacente ao atendimento do DIREITO AO PROCEDIMENTO no âmbito dos direitos fundamentais, poderemos partir, pragmaticamente, da relevância da dimensão procedimental, se colocarmos os problemas nos termos seguintes:

1 — o procedimento é um sistema de regras e/ou princípios;

2 — estas regras e princípios visam a obtenção de um determinado resultado;

3 — a justa conformação do procedimento, no âmbito dos direitos fundamentais, permite, pelo menos, a presunção de que o resultado obtido através da observância do interprocedimento é, com razoável probabilidade e em medida suficiente, adequado aos direitos fundamentais;

4 — o direito ao procedimento implica fundamentalmente: (1) direito à criação, pelo legislador, de determinadas normas procedimentais ou processuais; (2) direito à interpretação e à aplicação concreta, pelo juiz, das normas e princípios procedimentais ou processuais.” (Constituição e Déficit procedimental, *Rev. Estado e Direito*, n.º 2, Lisboa, pág. 37/38).

Em defesa do reconhecimento científico desse ramo processual, no Brasil, alerta o professor RAUL MACHADO HORTA, da UFMG no prefácio do livro *Mandado de Injunção*, de IVO DANTAS, Editora Aide, 1.ª Edição, 1989:

O processo constitucional não é criação exclusiva do constitucionalismo europeu. Explica-se a importância que ele adquiriu nesse constitucionalismo pela maior amplitude das regras constitucionais reservadas ao funcionamento e à natureza das decisões proferidas pelos Tribunais Constitucionais.
(...)

E mais adiante confirma:

Com efeito, a Constituição criou poderosos instrumentos de defesa da Constituição e dos direitos fundamentais, como o mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX), o mandado de injunção (art. 5.º, LXXI), o habeas-data (art. 5.º, LXXII), a ação direta de inconstitucionalidade de lei (art. 102, I, "a"), a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, parágrafo único) e a inconstitucionalidade por omissão (art. 102, § 2.º), mas não cuidou de estabelecer as regras processuais constitucionais de movimentação desses institutos. Na quase totalidade desses institutos, a preocupação do constituinte em assegurar a aplicação imediata de cada garantia, fazendo decorrer a aplicabilidade diretamente da Constituição, suprimiu a complementação processual via da Lei. Advirá dessa técnica preferida pelo constituinte, a complementação na decisão judicial, o que não atende a experiência do Poder Judiciário brasileiro e à formação de nossos Juízes" (grifos nossos).

Não é difícil imaginar que os novos direitos e garantias constitucionais não vingarão enquanto forem interpretados e aplicados com base nos parâmetros processuais (civis e penais) obsoletos, ainda, adotados por doutrinadores e magistrados nacionais.

A Constituição de 1988 exige, para boa interpretação do seu texto, sobretudo no que se refere aos direitos coletivos, uma nova concepção processual, condizente com a modernidade jurídica e com novas técnicas de aplicabilidade do Direito Constitucional.

Isto só será possível quando intérpretes e aplicadores da Constituição e das leis se conscientizarem de que participam de uma nova vida institucional e de que a realidade normativa não poderá agredir a realidade social.

IV — *A justiça constitucional no Brasil e no direito comparado*

Quem defende processo constitucional, defende, de igual modo, justiça constitucional.

E a prática de vários países, nomeadamente os europeus, tem demonstrado ser impossível a eficácia das normas constitucionais sem o funcionamento de uma justiça específica, especializada para análise, interpretação e aplicação do texto constitucional.

Neste trabalho, apenas sinalizaremos os pontos mais objetivos da necessidade de instalação, entre nós, da justiça constitucional.

Prima facie, poderia pensar-se numa incoerência. E perguntar-se-ia: O Supremo Tribunal Federal não exerce a justiça constitucional, no Brasil?

Não é ele o guardião da Constituição, a exemplo da Corte Suprema norte-americana?

Aqui reside o ledô engano, que vem desde a proclamação da República.

Em verdade, o Supremo Tribunal, embora teoricamente apareça como tal, ele, ao longo do tempo, tem sido muito mais um tribunal judicial que constitucional.

Basta compulsar os repertórios jurisprudenciais do Supremo para corroborar o que afirmamos.

Não é nossa, mas de ORLANDO SOARES, do Instituto dos Advogados Brasileiros, a crítica à atuação do Poder Judiciário, conforme se pode inferir desta afirmação:

“Indiscutivelmente, é imperiosa a apreciação crítica acerca da atuação do Poder Judiciário, em nosso país, onde uma série de fatores, de natureza histórica, política, sociológica, jurídica etc., estabeleceu divisões estanques entre a chamada tríade institucional, constituída pelos representantes do Ministério Público, da magistratura e dos advogados, dificultando sobremaneira o diálogo franco e objetivo, indispensável ao bom desempenho profissional dessa tríade, com vistas ao interesse comum: a prestação jurisdicional.”

E, mais categoricamente, explicita o ilustre advogado:

“Assim, não restou a RUI senão a desolação, pois, o Supremo Tribunal erigido como supremo intérprete da Constituição e o “guardião” desta, foi, paradoxalmente, o “órgão que falhou”, jamais logrando barrar o arbítrio, restabelecer a legalidade constitucional, ou impedir a ação nefasta dos sucessivos regimes de exceção, que têm atormentado toda a existência da República, ao longo dos anos” (A Eletividade da Magistratura no Brasil, *in Revista de Informação Legislativa*, n.º 100, Senado Federal, págs. 187 e 201).

De conseguinte, além da atuação do Supremo Tribunal Federal e dos outros tribunais que seguem seu paradigma, decidindo, mais no campo judicial que constitucional, o problema agrava-se com a existência de um critério de escolha para composição desses tribunais, antidemocrático e possibilitador de ingerência indevida, de vez que baseado no subjetivismo do notável saber jurídico e da reputação ilibada.

O aferidor desses dois requisitos é o chefe do Poder Executivo e a escolha, às vezes, recebe o beneplácito do Poder Legislativo, com uma aprovação, também, política, diga-se, a bem da verdade.

Vê-se, pois, que a crise jurídica é, *ipso tempore*, a crise do Poder Judiciário.

III — A — “*Ratio essendi*” para uma justiça constitucional

Na época contemporânea, a justiça constitucional é uma instituição que caracteriza o direito político atual.

Jellinek chega a afirmar que a jurisdição, no campo do direito público, é um dos mais importantes progressos da construção do estado moderno no curso do século XIX.

O Professor GONZÁLES DELEITO, antes mencionado, aponta quatro institutos de singular relevo para a incorporação do conceito de jurisdição pelo direito público. São eles:

a) o recurso de cassação, como meio idôneo de controle da legalidade das sentenças dos tribunais, dando fim ao livre arbítrio dos órgãos jurisdicionais do “*ancien régime*”;

b) o recurso contencioso-administrativo (ainda não o temos), forma de garantir a submissão da administração à lei e combater as decisões antijurídicas;

c) a inserção do direito de acesso aos tribunais, do direito da tutela jurisdicional, a ação, em suma, nos ordenamentos constitucionais, transcendendo do meramente privado para atuar no público;

d) de modo especialíssimo, a justiça constitucional, a organização dos tribunais constitucionais: controle da constitucionalidade das leis; garantia da superioridade e hegemonia da Constituição (como superlegalidade), inaplicação ou derrogação, segundo os casos e sistemas, das leis elaboradas pelo Parlamento em conflito com a Constituição, em oposição aos prevalentes princípios desta (*op. cit.* pág. 14).

GANSHOF VAN DER MEERSCH disse, com razão, que não há estado de direito completo sem o controle da constitucionalidade das leis (*Il N'ya a pas d'etat de droit complet sans contrôle de la constitutionnalité de lá lois*) (*op. cit.*, pág. 15).

III — B — *Abordagem sintética sobre os sistemas de funcionamento da justiça constitucional no direito comparado*

Os dois sistemas de funcionamento da justiça constitucional mais conhecidos e praticados são o norte-americano e o germano-austriaco.

Há outros mistos e intermediários, como é o caso do sistema adotado na França, o sistema da Constituição portuguesa de 1976, com suas revi-

sões, o sistema de autocontrole parlamentar, consagrado pela Constituição da Suíça, além dos sistemas da URSS e dos países do Leste Europeu.

O sistema norte-americano, adotado pelo Brasil, desde a proclamação da República, confere jurisdição-constitucional à jurisdição ordinária.

O sistema germano-austriaco estatui tribunais especiais, composto por magistrados, professores, advogados e membros do parlamento.

No primeiro sistema, a declaração de inconstitucionalidade só produz efeito no caso concreto que a determina. É a decisão "interpartes".

No segundo sistema, a declaração de inconstitucionalidade produz efeito com valor *erga omnes*.

Essa declaração, no sistema germano-austriaco, equivale a uma revogação judicial da lei.

III — C — *Proposta para criação do Tribunal de Garantias Constitucionais no Brasil*

A experiência portuguesa convenceu-nos da necessidade de instalarmos, no Brasil, uma corte constitucional.

O Tribunal Constitucional lusitano é composto por 13 (treze) juizes-conselheiros, 10 (dez) dos quais eleitos pela Assembléia da República e os 3 (três) restantes cooptados por seus pares, dentre os magistrados de carreira.

As decisões do Tribunal pairam sobre todos os outros poderes da República e são obedecidas por toda a comunidade.

Durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, houve tentativas para instalação, entre nós, da justiça constitucional.

Por proposta da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, prenunciava-se a estatuição de um tribunal de garantias dos direitos constitucionais, da soberania do povo, da nacionalidade e da cidadania.

Esse tribunal seria composto por 9 (nove) juizes eleitos pelo Congresso Nacional, entre representantes das classes trabalhadoras, magistrados, promotores, professores universitários de matéria jurídica e advogados que fossem indicados pela sociedade civil.

Várias entidades, como a OAB, apoiaram esta inovadora idéia.

O Partido Comunista Brasileiro apresentou a Sugestão 861-3, no mesmo sentido de fixação da justiça constitucional.

Consectário da criação da justiça constitucional, seria aprovado o "suprimento normativo", instituto por que o juiz ou Tribunal decidiria nor-

mativamente o caso concreto, quando a omissão legislativa prejudicasse o exercício dos direitos e garantias constitucionais.

É lamentável que os constituintes brasileiros tenham perdido uma oportunidade tão própria e rara para mudar a prática constitucional em nosso País.

Conclusão

Estes temas são inconclusos, porque se vão construindo, ao longo do tempo.

Mas, para despertar o debate, alinharemos algumas inferências que julgamos necessárias:

- 1) há necessidade do desenvolvimento, entre nós, de uma teoria dos direitos fundamentais;
- 2) sem a visão moderna do processo constitucional, é impossível interpretar e aplicar os novos direitos e garantias constitucionais;
- 3) a instalação de um tribunal constitucional, ou que outro nome venha a ter, aperfeiçoará o controle das leis;
- 4) o mandado de injunção deve ser interpretado como uma construção jurídica brasileira;
- 5) o Poder Judiciário deve firmar os princípios e normas constitucionais.

Bibliografia

ARMANDO M. MARQUES GUEDES — *La Justice Constitutionnelle au Portugal*, 1987.

J. J. CALMON DE PASSOS — *Constituição e Processo* (MSC — MJ — HD), Forense, 1989.

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO — *Constituição e Défice Procedimental*, *Revista Estado e Direito*, nº 2, 1988.

GONZÁLES DELEITO — *Tribunales Constitucionales — Organización y Funcionamiento*, Tecnos, Madrid, 1980.

Revista de Informação Legislativa, n.os 100/101 — Senado Federal.